

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POSTGRADO

**Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento
voluntario de la paternidad extramatrimonial**

TESIS

para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en
Derecho Civil y Comercial.

AUTORA

Rosa Isabel Olortegui Delgado

Lima – Perú

2010

DEDICATORIA: Dedico este trabajo a mis
padres, por su constante apoyo y mi
agradecimiento infinito al Dr. JOSE HORNA
TORRES, por sus sabios consejos y aliento
incondicional.

**TEMA: RESPONSABILIDAD CIVIL POR OMISION DE RECONOCIMIENTO
VOLUNTARIO DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL**

INDICE

INTRODUCCIÓN

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

	Pág.
1.1 Descripción de la realidad: Diagnostico.....	1
1.2 Preguntas de investigación.....	5
1.3 Objetivos de la investigación.....	7
1.4 Justificación.....	8
1.5 Viabilidad de la investigación.....	10
1.6 Delimitación de la investigación.....	10

II.

Marco

Teórico.....	11
---------------------	-----------

2.1. Breves referencias históricas.....	11
a. El derecho romano.....	14
b. El sistema francés.....	19
c. El <i>common law</i>	24
c.1. El concepto de <i>tort</i>	28
c.2. clasificación de <i>tort</i>	29
e. El Código Civil Alemán.....	34
2.2 Modernas tendencias en el Derecho Civil Peruano y Comparado.....	37
2.2.1 Consideraciones generales.....	37
2.2.1 Evolución de la Indemnización por daño moral en el Perú.....	49
2.2.2 Progresiva ampliación de la categoría de daños indemnizables. En particular, el reconocimiento del daño moral a plenitud.....	51
2.2.3 Problemas pendientes. Su solución a la luz del derecho comparado.....	55
2.3 Posiciones doctrinales en relación al resarcimiento del daño moral...62	
2.3.1 Debate en la doctrina.....	62
2.3.2 Teoría del solárium.....	65

2.3.3 Teoría de la superación.....	66
a. Tesis Negativa	70
b. Tesis Positiva.....	71
b.1 Tesis de la sanción.....	72
b.2 Tesis del resarcimiento.....	73
b.3 Tesis Mixta.....	73
2.4 El daño moral en América Latina.....	75
2.1.1 MARCO TEORICO PROPIAMENTE DICHO	81
2.1.1.1 Alterum nom laedere.....	81
2.1.1.2 Fundamentos de la obligación de responder.....	82
2.1.1.2. a. Fundamentos filosóficos.....	83
2.1.1.2. b. Fundamentos económicos.....	85
2.1.1.3 Naturaleza y fundamento de la responsabilidad paterna ante la falta de reconocimiento voluntario: aplicación de los presupuestos generales de la responsabilidad civil.....	87
2.1.1.4 Presupuesto de la responsabilidad civil.....	90
a) La antijuridicidad. Teorías.....	90
b) Daño. Teorías.....	95
c) Nexo de causalidad. Teorías.....	109
d) Factores de atribución. Teorías.....	116
2.1.1.5 La responsabilidad civil en el Derecho de Familia.....	131
a.- Generalidades.....	131
b.- Caracteres de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia..	133
2.1.1.6 La responsabilidad civil ante la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial.....	133
2.1.1.7 El reconocimiento. Concepto. Caracteres. Efectos.....	133
2.1.1.8 Procedencia y presupuestos.....	135
2.1.1.9 Fundamento de la responsabilidad civil por falta de reconocimiento.....	140
2.1.1.10 El reconocimiento y la protección del derecho a la identidad...	140
2.1.1.11 Los derechos del niño frente a la filiación.....	142
2.1.1.12 Responsabilidad ante la falta de reconocimiento paterno.....	144
2.1.1.13 Responsabilidad materna ante la inacción judicial para lograr el reconocimiento.....	146
2.2.2.1 Reparación del daño moral. Cuantía y naturaleza jurídica.....	153
2.2.2.2 La existencia y cuantía del “daño moral”.....	154
2.2.2.3 La existencia y cuantía del “daño material”.....	156
2.2.2.4 El daño ocasionado y su cuantificación.....	159
2.2.3.1 La prescripción de la acción.....	162
2.1.2 MARCO CONCEPTUAL	162
III. FORMULACION DE LAS HIPOTESIS	166
IV. TIPO DE INVESTIGACION	168
V. DISEÑO DE INVESTIGACION	168
VI. PRESUPUESTO	168
VII. CONCLUSIONES	169
VIII. RECOMENDACIONES	175
IX. BIBLIOGRAFIA	177

INTRODUCCIÓN

El tema del presente trabajo está referido a la responsabilidad que le cabe a los progenitores ante la falta de reconocimiento paterno de los hijos, cuestión que incluye tanto los supuestos en los cuales el padre se sustrae a reconocer voluntariamente a su descendencia, como así también a la madre, cuando dicha falta de reconocimiento proviene de una conducta que le es imputable, la que se verifica cuando obstaculiza al no permitir la identificación del padre, o no ejerce la acción de filiación en representación de su hijo.

Abordaremos luego previa reflexión en relación al derecho a la identidad. En efecto, creemos que la falta de emplazamiento y el consecuente daño que ello puede ocasionar, vulnera un derecho personalísimo, concretamente configura una violación al derecho de identidad personal. Tal derecho aparece consagrado en los artículos 7 y 8 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, los que confieren a los hijos el derecho de conocer a sus progenitores y a tener su identidad.

Nuestro objetivo en el presente trabajo se dirige a propiciar la introducción de la responsabilidad civil por la omisión del reconocimiento de la paternidad voluntaria del hijo extramatrimonial en el vigente Código Civil o en todo caso en el nuevo Código Civil ya que los principios generales que regulan la misma extiende su aplicación a distintas ramas del derecho, dentro de las cuales se encuentra el Derecho de Familia y determinar los daños producidos en la persona del hijo extramatrimonial no reconocido voluntariamente, en particular el que recae sobre el derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica (en especial la identidad filiatorio) a sus caracteres físicos y a su realidad existencial durante el tiempo transcurrido entre la procreación y el

emplazamiento producto del pronunciamiento judicial en un juicio de reclamación de filiación extramatrimonial.

En el tema que nos convoca, incide la evolución experimentada en el mundo jurídico hacia la consideración de la persona como centro de protección, quedando atrás una concepción del Derecho de contenido patrimonial y carente de valores humanos. Este nuevo enfoque permite un desarrollo del derecho en vinculación directa con la persona, surgiendo la necesidad de destinar los esfuerzos al estudio de variados aspectos íntimamente vinculados, como el daño a la persona.

Para ello, y como se verá seguidamente, según nuestra modesta opinión, no habrá diferencia si para el emplazamiento filial del menor hizo falta recurrir a la justicia o si se obtuvo por un reconocimiento voluntario, pero tardío, —esto es—, habiendo transcurrido un lapso de tiempo suficiente como para ocasionar perjuicios al hijo.

En definitiva, se tratará de dilucidar en este trabajo si el hecho de la falta voluntaria de reconocimiento de la paternidad puede por sí mismo ocasionar daños en el sujeto no reconocido, qué tipos de daños son susceptibles de ser infringidos y si esos daños deben o no ser reparados por él en virtud de la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad: Diagnostico

En nuestro país se viene observando que no existen leyes que impongan la responsabilidad por los daños causados en las relaciones de familia; razón por la cual se viene negando la posibilidad de reclamar daños emergentes de las relaciones de familia, por ello resulta inquietante el presente estudio de nuestra sociedad actual, si se tiene en cuenta las diversas manifestaciones sociales, así como las limitaciones del mismo, toda vez que en los últimos tiempos se viene operando cambios en el pensamiento social; cambios en la conciencia interno que se manifiestan en exigencias que cada vez va en aumento en el sentido de que, en ningún orden de la vida social, puede admitirse la impunidad de quien viola las leyes o los eternos principios del derecho.

Consecuentemente podríamos pensar que los jueces tienen una actitud de inercia, frente a este problema al no contar justamente con una norma que admita esta figura de la responsabilidad en el ámbito del derecho de familia como si ocurre en muchos países que lo están incorporando en sus respectivos ordenamientos legales, y es que de ninguna manera podemos permitir que las conductas desviadas, egoístas, antisociales o reñidas con el vínculo matrimonial y filiatorio queden sin castigo so pretexto de no contar con la normatividad pertinente y al continuo reclamo social que exige castigo y resarcimiento respecto de quienes observan conductas reprochables de este tipo. Si bien es cierto la Filiación en nuestro país adquirió rango constitucional el año 1979 y posteriormente fue incorporado en nuestro Código Civil de 1984 eliminando de esta manera la distinción entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, sin embargo, esto no detuvo las miles de demandas por paternidad que

surgen a diario, pues la responsabilidad de reconocer a un hijo es fundamentalmente de la pareja, y cuando esta no existe formalmente, es muy complicado realizar los trámites de inscripción del niño por parte de uno de los padres.

En nuestro país se calcula que cerca de 3 millones de personas son hijos no reconocidos del total de nacimientos que se registran al año y entre el 15 y 18% no son inscritos en el Registro Civil y debido a ello enfrentan el riesgo de la desprotección derivada de la falta de no ser reconocidos por sus padres, lógicamente esto no debe interpretarse como simples cifras estadísticas, sino también como cifras que sustentan una realidad alarmante; pero no en el sentido de satanizar a las madres solteras; sino porque miles de estos niños no cuentan con su figura paterna ni con el apellido de este y su protección jurídica, por lo que urge la necesidad de promover la solución a este gran problema y brindar la seguridad jurídica a los menores que se convierten en víctimas ya que en estos casos hay alguien que queda con la sensación de desamparo imponiéndosele el soportar un daño injusto al no tener culpa alguna toda vez que este flagelo social se ve reflejado en los estratos más pobres de nuestra población a nivel nacional, con más incidencia en las regiones más alejadas, donde cada día va en aumento el número de nacimientos de niños fuera del matrimonio y por ende estos miles de niños no cuentan con protección jurídica, al no ser reconocidos por sus padres .

Podemos señalar que la razón más importante por la cual las madres de estos niños no acuden a la justicia para reclamar el reconocimiento de sus hijos es porque desconocen las leyes que las protegen o por que cuando intentan recurrir al órgano jurisdiccional conforme a las leyes de la materia, abandonan todo intento de interponer una demanda , ya que muchas veces un juicio dura de meses a años periodo en el cual por cierto la progenitora, asume el costo del juicio y de la manutención del niño que lo motivó; mientras que el padre utiliza prácticas dilatorias, como no asistir a

la prueba de ADN ordenada por un juez. Sabemos además que solo una parte minúscula de las madres promueven un juicio, lo sostienen y llegan a granarlo y menos aun van a demandar al padre que deliberadamente se niega a reconocer espontánea o voluntariamente la paternidad extramatrimonial actitud que a nuestro juicio constituye un hecho ilícito, civilmente censurable, que determina el derecho a un resarcimiento del agravio moral. La omisión dolosa del reconocimiento atenta contra uno de los derechos fundamentales de la persona cual es el derecho a la identidad, el derecho a ser uno mismo y no otro, conociendo su historia genética, sus orígenes o raíces biológicas, a saber quienes son sus ancestros, en donde han nacido, en qué ambiente cultural, a qué grupo racial pertenece. Por otro lado, sabemos que la omisión impide el goce de un apellido que le pertenece como atributo de toda persona; y, además, genera el emplazamiento en un estado de familia parcialmente falso o incompleto. El hijo de madre soltera con padre que se muestra reacio experimenta una minusvalía social que será más o menos importante según el estadio social al que pertenece esa familia monoparental.

Creemos también que la sociedad, y la familia, en estos tiempos se está volviendo menos hipócrita al admitir responsabilidades dentro del seno familiar por hechos que antes se consideraba conveniente ocultar o ignorar en aras de una falsa armonía familiar que sacrificaba el derecho de la víctima frente a un confuso o malentendido "interés familiar".

Ahora es conocido las nuevas tendencias que se están originando desde las primeras décadas del Siglo XX al estar introduciendo en la conciencia jurídica la idea de que la patria potestad implica, para los padres, más deberes que derechos. De ahí se deduce que cuando no se cumple con la obligación -como en las otras ramas del Derecho - el incumplimiento de estas debe generar reparaciones punitivas y

resarcitorias. Por ello, consideramos que hay la urgente necesidad de ir elaborando pronunciamientos a nivel judicial que restauren o reivindiquen la idea de que, en todos los ámbitos del derecho de familia (en el orden matrimonial y en la esfera de la filiación) se deben aplicar los principios universales que están en la base de toda responsabilidad civil, en especial el *alterum non laedere* (no dañar a los demás).

Pero también sabemos que hay quienes piensan sobre los riesgos que trae consigo esta introducción de esta figura de la responsabilidad dentro del derecho de familia, al pronosticar una avalancha de demandas resarcitorias; pero esas opiniones no deben desanimar a los juristas y jueces en la medida que la justicia exija ese tipo de sanciones convalidadas por una sociedad madura. Hay también quienes sostienen que después de una demanda y una condena a resarcir queda rota definitivamente la armonía familiar entre los sujetos involucrados; sin embargo, pensamos que sólo sobre la verdad se puede construir.

Ha llegado el momento histórico en que determinadas conductas observadas en el ámbito familiar generen responsabilidades jurídicas y no solo recriminaciones morales o repudio y desaprobación social. Fuera de los resarcimientos por los hechos constitutivos de las causales de divorcio; de los daños emergentes del divorcio en sí mismo y de las hipótesis de responsabilidad de los padres por las consecuencias dañosas de los actos de sus hijos bajo potestad; en derecho de familia creemos necesario plantear la responsabilidad de los progenitores por la omisión del acto destinado a precisar los orígenes biológicos del hijo y a emplazarlo jurídicamente en el estado de familia que le pertenece ; o por la comisión de actos antijurídicos tendientes a emplazarlo en un estado paterno filial que no le corresponde. Son casos de responsabilidad civil intrafamiliar generados en la relación paterno-filial, cuando el daño atribuible al progenitor resulta de la violación culposa del derecho que ostenta el

hijo a conocer sus orígenes y/o de gozar de un emplazamiento filiatorio que, en la medida de lo posible, coincida con la realidad biológica. Por lo que urge la necesidad imperiosa diríamos de incorporar la responsabilidad por la omisión voluntaria de los padres al reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico para que los jueces cuenten con las herramientas necesarias para que poco a poco vayan aplicando los principios generales que surgen de la responsabilidad civil, y consecuentemente se logre avanzar hacia la reparación integral por desconocimiento filiatorio, esto es reconocimiento de agravios tanto materiales como morales.

1.2 Preguntas de investigación

2. ¿Procede la reparación del daño producido en el ámbito de las relaciones de familia, con fundamento en el principio *alterum non laedere*?
3. ¿Es válido impedir la reparación del daño injusto causado a cualquiera de sus miembros con fundamento en la protección de la integridad familiar?
4. ¿La falta de reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial provoca un daño en la persona, susceptible de reparación?
5. ¿Es necesario contar previamente con una sentencia de emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial para reclamar una reparación del daño causado por la falta de reconocimiento voluntario?
6. ¿Cuál es la magnitud del daño causado por falta de reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial, siendo de especial importancia la privación de su Derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica, a sus características físicas y a su realidad existencial?

7. ¿Cuáles serán los presupuestos que el juez tendrá en cuenta para determinar el quantum de la reparación?
8. ¿Es responsable la madre por los daños causados a su hijo, sean éstos morales o patrimoniales, cuando la falta de reconocimiento del padre proviene de una conducta omisiva o negligente suya que impide dicho reconocimiento?
9. ¿Es antijurídica la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial por vulnerar el derecho que tiene toda persona de gozar de un estado de familia completo, esto es, de tener un vínculo filial tanto materno como paterno?
10. ¿Es procedente la indemnización por daño moral y por daño material ante la falta de reconocimiento voluntario del padre cuando no median causas de fuerza mayor, estado de necesidad o cualquier otra circunstancia que justifique tal omisión?
11. ¿Existen mecanismos eficaces para que los padres que omitan reconocer al hijo, puedan indemnizar al hijo por el daño sufrido?
12. ¿Es necesario la incorporación de esta figura de la Responsabilidad Civil por el no reconocimiento voluntario del hijo en nuestro Código Civil?

1.3 Objetivos de Investigación

General

1. Determinar el vacío legal o las lagunas del Derecho, respecto a la Legislación sobre la responsabilidad civil por la omisión al reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial que debe añadirse en el Código Civil vigente o insertarse en el nuevo Código Civil Peruano.
2. Determinar los daños producidos en la persona del hijo extramatrimonial no reconocido voluntariamente, en particular el que recae sobre el derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica (en especial a la identidad filiatorio), a sus caracteres físicos y a su realidad existencial durante el tiempo transcrito entre la procreación y el emplazamiento producto del pronunciamiento judicial en un juicio de reclamación de filiación extramatrimonial.

Específico

1. Establecer el derecho que tiene toda persona a conocer los propios orígenes biológicos y a gozar del concordante estado jurídico familiar de hijo por naturaleza.
2. Examinar los daños morales derivados del desconocimiento malicioso del nexo biológico y de la negativa infundada a generar espontáneamente el específico vínculo jurídico paterno filial, precisando las formas de reparación.
3. Determinar los daños resarcibles (emergente y lucro cesante) en la institución jurídica de la filiación de naturaleza extramatrimonial.

1.4 Justificación de la investigación

Muchas son las razones que me han motivado para abordar el presente tema y no otro, porque considero que el derecho de familia ha asistido a una verdadera revolución en materia de responsabilidad, tanto en los países occidentales que responden al common law o al derecho continental europeo, como en los países de tradición musulmana.

El tema que se aborda, es sin duda, fundamental en la disciplina que nos ocupa, ya que – a nuestra consideración - la responsabilidad civil , que se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico, emana del atributo de bilateralidad de la norma, al establecer la obligación del sujeto de acatar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de hechos suscitados a consecuencia de sus propias acciones/omisiones, con afectación negativa en la esfera jurídica de otras personas.

En un principio se pensó que el Derecho de Daños era extraño al Derecho de Familia, en la medida en que la relación íntima entre los miembros de la familia impedía a calificar a sus integrantes como dañadores o dañados. Debía primar en las familias una actitud de recato, silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados. Se debía atender, prioritariamente, "a los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad"; por sobre todo, debía quedar a salvo la dimensión fundamental del amor, de la "pietas familia", piedad o consideración debida entre sus miembros. Ello sin perjuicio de aplicar frente a las conductas antijurídicas las sanciones específicas de ese Derecho.

Consideramos que, ahora como consecuencia de las nuevas concepciones políticas que pretenden culminar con los privilegios personales que caracterizaron a los

siglos XVIII y XIX y primeras décadas del XX, nuestro país tiene que ir admitiendo poco a poco estas concepciones jurídicas para hacer primar los principios de una nación democrática e igualitaria. Ya que con la aparición de estos nuevos pensamientos se ha provocado la aparición de muchos partidarios de extender la responsabilidad por los hechos dañosos al ámbito familiar, aludiendo la aparición de una "nueva familia", distinta de la tradicional o clásica; destacando como característica de la misma la necesidad de una justa democratización de las relaciones familiares, recogidas por normas jurídicas a nivel internacional e interno; la desacralización de los lazos familiares, unida a una fuerte relajación de los vínculos emergentes, y por sobre todo, la maldad que importa dejar un daño injusto sin la correspondiente reparación. Ser miembro de la misma familia, se sostiene, lejos de ser un "atenuante" es una "agravación" que compromete aún más al agente dañador.

Señalamos por ello que la responsabilidad trasciende la materia civil, ya que, al estar presente en diversos ordenamientos como la obligación que tiene el autor de un delito o falta de reparar económicamente los daños y perjuicios causados o derivados de su infracción, podría reputarse casi universal. Razón por la cual consideramos que, el verdadero sentido de la responsabilidad civil no debe limitarse al derecho positivo, sino integrarse a la conciencia social, no por el hecho de sujetarse a la posibilidad de que sea exigible por quienes pudieran verse afectados, sino partir de una concepción tendiente a la protección de la esfera jurídica de todo individuo, como requerimiento ético, necesidad social y parte de una cultura de respeto a la persona humana, a su integridad física y mental. El objetivo de la responsabilidad civil es compensar a la víctima por los daños causados por lo que persigue un interés privado, en el que la indemnización de perjuicios comprenderá no solo los ocasionados al agraviado, sino también a sus familiares o a terceros.

Por ello es que proponemos en este trabajo de investigación la incorporación de la Responsabilidad Civil por la omisión al reconocimiento voluntario del hijo en nuestro ordenamiento legal, justamente por los perjuicios que ello acarrea al hijo que como dijimos no tiene porque cargar con culpas ajenas.

1.5 Viabilidad.

La presente investigación es viable por cuanto no va a tener consecuencias negativas para nadie, al contrario me va a permitir establecer determinados parámetros para elaborar mecanismo eficaces que permitan insertar esta figura de la Responsabilidad Civil en el ámbito del Derecho de Familia dentro de nuestro ordenamiento jurídico y de esta manera se asegure el pago de la correspondiente indemnización por la omisión voluntario del reconocimiento del padre o de la madre del hijo extramatrimonial.

1.6 Delimitación

El trabajo de investigación está delimitado en los siguientes ámbitos:

DELIMITACIÓN TEMÁTICA

El ámbito del tema estudiado corresponde a todos los casos que se han producido durante el periodo sujeto a estudio, de todos los casos de reconocimiento

desconociendo el derecho a ser indemnizado por tal omisión, sin hacer distinción de clase, situación económica, posición social, geográfica u otros.

DELIMITACIÓN ESPACIAL

No obstante su relevancia nacional e internacional, el alcance del presente trabajo de investigación se circunscribe al Distrito Judicial de Lima Metropolitana.

DELIMITACIÓN TEMPORAL

Abarca el periodo de los correspondientes años judiciales 1007 – 2008.

II. MARCO TEORICO

2.1 Breves referencias históricas

En el estado actual de la evolución de la historia del hombre la responsabilidad civil y la penal se han separado en casi todos los sistemas jurídicos del mundo. Pero no siempre el ilícito penal fue distinto del civil y las consecuencias de los hechos dañosos fueron muy distintas según el tiempo a que nos estemos refiriendo. En los primeros tiempos de la humanidad no puede hablarse de responsabilidad civil, quizás hasta sea impropio hablar de derecho en el sentido actual. Pero aún en esas épocas ya el ser humano, gregario por naturaleza, vivía en primitivos clanes, con los lógicos desencuentros que la convivencia implicaba. El imperio de la fuerza debe haber sido el primer instrumento de incipiente orden y es más que probable que las primeras discusiones terminaran a los golpes y con la muerte de uno de los adversarios. Cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado personal sino que afectaba a

todo el grupo, y las represalias se tomaban contra toda la otra tribu a la que pertenecía el ofensor. Esta venganza era un derecho primitivo que luego fue usado, aunque nos parezca extraño, para limitar las relaciones entre los miembros de los clanes. La venganza dice Martínez Sarrión, “no se nutre, cual corrientemente se suele decir, en el odio, sino en la necesidad de tomarse justicia por su mano, ante la carencia de un organismo superior e imparcial instancia a la que ocurrir”¹. La venganza como sistema tenía el gran defecto de la falta de proporcionalidad y de individualidad como hemos señalado. Por una muerte podía quemarse una aldea entera, o por una violación cometerse un genocidio.

Más adelante se produce un gran avance jurídico en el momento en que la venganza sufre una limitación cuando se devuelve mal por mal, pero equivalente o proporcional. Este es un principio de proporcionalidad de la sanción con la falta cometida, en donde la fijación de la indemnización tiene relación con el daño causado. Se conoce como ley del Talión y está presente en el Código de Hammurabi, las leyes de Manú y la ley de Moisés y ello se resume en la archiconocida frase que todos hemos escuchado más de una vez: ojo por ojo, diente por diente. El Talión fue tan importante que se dice que: “ha significado para el mundo jurídico una sacudida no menos enérgica que la que supuso para la humanidad el paso del paleolítico al neolítico y el descubrimiento de la agricultura. Detener la cadena de daños, daño moral por ejemplo son igual a cero, cualquiera sea la regla de responsabilidad (responsabilidad objetiva, subjetiva) el resultado es siempre el mismo. Como se ve tienen obvias vinculaciones con la teoría liberal según la cual mientras más directa y con menos intervenciones sea la actividad y negocien las partes, tanto mejor. Jorge Bustamante en un artículo muy citado por la doctrina argentina lo explica de la siguiente forma: “Cuando la economía

¹ MATINEZ SARRION, Ángel, “La evolución del derecho de daños”, en Derecho de daños, Luis Ribó Durán Coordinador, Bosch, Barcelona, 1992, p. 13

analiza un sistema de responsabilidad civil lo hace teniendo en ese modelo de mercado para intentar “mimetizarlo” a través del derecho, que suple así una negociación que no fue posible por los prohibitivos “costos de transacción”². El análisis económico intenta ofrecer un método para determinar cuáles deberían ser los criterios jurídicos para alcanzar el mismo resultado que hubiese sido convenido a través de una negociación previa, pues este acuerdo hubiera realmente reflejado los costos y beneficios de cada parte y lo que cada una hubiera pedido de la otra para llevar a cabo la actividad que, en definitiva, se realizó unilateralmente, imponiendo costos no aceptados a la víctima. En el libro del Éxodo 21:23 dice: “Pero si resultare daño, darás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal. Limitar la venganza a una pieza concreta del organismo social vulnerador, sustraída a la elección del vengador, por cuanto está determinada por su acción, conlleva a reconocer una madurez intelectual y una valoración trascendente del hombre.” Así por ejemplo en el Código de Hammurabi se exigía que si un hombre robaba un buey, oveja, o cerdo de un templo o palacio pagara treinta veces lo robado, o si el robo se lo hacían a un hombre libre entonces debía pagar diez veces; o si se vendían artículos perdidos o robados el comprador podía cobrar doce veces el valor al vendedor; o por ejemplo si un mercader es engañado por su agente quien le niega haber recibido la mercadería enviada, será indemnizado con seis veces el valor de los bienes.

En la Biblia en el libro del Éxodo 21:37 tenemos un ejemplo de estos daños múltiples o talión: “Si un hombre roba un buey o una oveja, y los mata o vende, pagará cinco bueyes por el buey, y cuatro ovejas por la oveja”. Igualmente también se

² BUSTAMANTE, Jorge Eduardo, “Análisis económico de la responsabilidad civil” Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Director: Alberto Bueres, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p.172

individualiza al autor del daño quien es responsable de la pena. Tiempo más tarde los hombres advirtieron que el sistema del Talión no era el mejor sobre todo porque a la víctima de nada le servía devolver el mismo mal al ofensor. Si había quedado ciego porque le habían vaciado su ojo, al vaciar el ojo del ofensor seguía quedando tan ciega como antes. Se pensó entonces que en algunos casos debía permitirse la indemnización por bienes equivalentes. Esta compensación en un primer momento fue voluntaria, fijada por acuerdo de partes. En el primitivo derecho germano, también sucedió lo mismo aunque en el medio se legislaron ciertas penas infamantes, como cortar el cabello o marcar señales de fuego en la frente; someter a burlas o arrojar al causante al río cargado con piedras o un perro a sus espaldas. Como estas penas debían ejercer una gran presión social se permitía redimir las con dinero. Luego la autoridad fijó los valores y se pasó del sistema de composición voluntaria a la reglada, no permitiéndose ya la opción. El *quantum* de la indemnización ya no se dejaba al libre arbitrio de las partes, sino que era fijado por un órgano superior. Así fueron separándose lentamente la responsabilidad civil de la penal y así también fue gradualmente aceptándose la noción de que el daño privado debía ser indemnizado mediante el pago de nada más que los daños causados.

a. El derecho romano

A nuestro juicio el derecho romano es el mayor legado que este pueblo extraordinario hizo a la humanidad. Pensamos esto porque creemos que la identidad cultural de Occidente se estructura en tres pilares básicos: la filosofía griega, la religión judeocristiana y el derecho romano. Pertenecemos a Occidente y no seríamos quienes somos sin el derecho romano.

En el primitivo derecho romano en la Ley de las XII Tablas también se encuentran ejemplos de limitación de la venganza por intermedio de los daños múltiples: por ejemplo el incumplimiento de una parte de su promesa, obligaba a esta a pagar el doble (Tab. VI.2); una víctima de usura podía recibir de un individuo el cuádruplo de la cantidad del interés usurario en la medida del exceso permitido (Tab. VII.18); o en el caso del depositario infiel debía indemnizarse el doble del valor depositado (Tab. VIII.19)³. Más adelante el mismo va más allá y califica al Talión como un “giro copernicano” que “no sólo incide en el derecho, sino que deja sentir su benéfico influjo en la dulcificación de los sentimientos sociales, posibilitando un planteamiento más en consonancia con la adecuación *delito-sanción-reparación*, y con ello la ruptura del automatismo que impedía la apreciación de los factores modificativos de la responsabilidad.” Así por ejemplo el libro del Deuteronomio 24,16 dice: “No serán ejecutados los padres por las culpas de los hijos ni los hijos por las culpas de los padres; cada uno será ejecutado por su propio pecado.” En la ley de las XII Tablas, ley de la tabla VII, se legisla “*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*” es decir que ante la lesión de una parte del cuerpo y no hay arreglo, recién se aplica el Talión.

Incluso durante un tiempo parte de esta composición iba a parar a manos del municipio. La ley de las XII tablas para los hermanos Mazeaud “representa una época de transición entre la fase de la composición voluntaria y la de la composición legal obligatoria: la víctima de un delito privado está en libertad, unas veces para satisfacerse mediante el ejercicio de la venganza personal o por la obtención de una suma de dinero, cuyo importe fija libremente; y obligada, en otras a aceptar el pago de la suma fijada en la ley. Pero esa suma sigue siendo esencialmente el precio de la venganza, una composición una *poena*; es una pena privada. El derecho romano no llegará nunca a

³ MARTINEZ SARRION, Ángel, “La evolución del derecho de daños”, cit. P.23

librarse completamente de esa idea, a hacer de la condena civil lo que es en la actualidad: una indemnización”⁴. La ley Aquilia es la gran unificadora de todas las leyes que hablan del daño injusto, a tal punto que en cualquier manual de texto se utiliza la expresión responsabilidad aquiliana como sinónimo de responsabilidad civil extracontractual. Debe su nombre al tribuno Aquilio quien realizó el plebiscito, según cuenta Ulpiano. Era sin embargo una ley que sobre todo reglamentaba la revancha o venganza, consistente en reconocer a un derecho a causar al responsable los mismos daños económicos sufridos. Era como lo dice un profesor europeo un talión económico, lo cual también era un gran avance. Esta ley constaba de tres capítulos de los cuales nos interesa destacar el primero y el tercero, ya que el segundo como lo dice el mismo Digesto cayó pronto en desuso. El primer capítulo dice que “quien matare injustamente a un esclavo o esclava ajenos o a un cuadrúpedo o a una res, sea condenado a dar al dueño el valor máximo que tuvo en aquel año”. El tercer capítulo dice: “respecto de las demás cosas, fuera del esclavo y res que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro porque hubiese quemado, quebrado o roto injustamente sea condenado a dar al dueño el valor que la cosa alcance en los treinta días próximos”. Tanto en el primer capítulo como en el tercero la palabra que se destaca es “injusto o injusticia”. El Digesto explica que por “injusticia” debe entenderse “no como cualquier clase de ofensa, como respecto a la acción de injurias sino lo que se hizo en desacuerdo con el derecho, esto es contra el derecho, es decir, si alguien hubiese matado con culpa y así concurren a veces ambas acciones, pero habrá dos estimaciones, una la del daño, otra la de la ofensa. De ahí que entendemos aquí *por injuria el daño ocasionado con culpa incluso por aquel que no quiso dañar*”. Las vías procesales de hacer valer los derechos de la ley Aquilia eran las acciones útiles y las acciones *in factum*. Esta última acción la concedía el pretor

⁴ MAZEAUD Henri y LEON; TUNC André, “Tratado practico de la responsabilidad civil delictual, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Ajea, Buenos Aires, 1977, T.I. p. 39.

en ejercicio de su *imperium* aunque no se encontraran garantizadas en su edicto o no coincidían con las exactas palabras de la ley, pero que correspondían en vista a las particularidades del caso. Por medio de las acciones útiles se extendió la acción a personas ajenas al propietario. Se observa, salvando las distancias, una similitud en la concesión de las acciones *in factum*, con la concesión de acciones *in equity* (de equidad) del *common law*, como veremos más adelante.

Según Díez Picazo⁵, quien sigue a Dernburg el panorama de los tipos de daños intencionales que reconocía el derecho romano puede ser resumido del siguiente modo. *Damnum iniuria datum*: comprende todos los daños ocasionados a las cosas, que debía suceder por un hecho contrario a derecho. Si bien en un principio se admitía únicamente para daños intencionales luego se amplió para hechos culposos. Lesiones corporales y muerte de una persona: el Digesto en un texto de Ulpiano dice que se reconoce acción a la persona libre, y no sólo al esclavo como en un principio, porque nadie es dueño de sus miembros. Daños causados por animales: los daños que causaban los animales no estaban reconocidos únicamente por la ley Aquilia. Ya la ley de las Doce Tablas, que se deroga casualmente por la ley Aquilia, regulaba los daños causados por los cuadrúpedos ordenando entregar el animal que causó el daño u ofreciendo la estimación del daño. Dolo: como la ley Aquilia sólo concedía acción en los casos de daños al cuerpo (*corpore*) los demás perjuicios sólo obligaban al autor del daño en caso de dolo, aunque tampoco se fijó con carácter general el principio de que todo daño causado con dolo debe ser reparado. Injuria: esta acción tenía por objeto una pena privada, para un gran número de casos como ser algunos ataques al honor o la personalidad, pena que se medía en relación con el perjuicio experimentado.

⁵ DIEZ PICAZO, Luis, Derecho de daño, Civitas, Madrid, 1999, pp. 66,67

Además de estos reseñados actos intencionales, el derecho Justiniano reconocía la categoría de cuasidelitos entre los que pueden mencionarse: *si iudex litem suam fecerit; positum et suspensum; effusum et deiectum; receptum, nautae, cauponae et stabulari*. Digesto de Justiniano, 9.2.1, en Digesto de Justiniano, 9.2.27 Digesto de Justiniano, 9.2.5. La siguiente enumeración ha sido tomada de Díez Picazo y Bustamante Alsina. Si el Juez hace suyo el proceso. Cuando el Juez no ha fallado conforme a derecho sino que su sentencia es inicua por su culpa o dolo, debe el magistrado indemnizar el daño. El error judicial como vemos ya era conocido y sancionado por los romanos. Si en un edificio o casa hay objetos suspendidos o colgados de manera que si caen a la calle causan daños. Sin embargo y pese a todo el bagaje legislativo y doctrinario heredado de Roma, no puede decirse con propiedad que los romanos hayan establecido un principio general de responsabilidad. Los casos que se iban sucediendo según los hermanos Mazeaud se trataban uno a uno, “decidiendo que quien hubiere sufrido tal o cual daño podría exigir ésta o aquella suma”. Podemos decir sin temor a equivocarnos que se trataba de un sistema de tipicidad de daños.

En lo que nos interesa destacar los romanos también delinearon los conceptos de acto ilícito y reparación integral. Cuando tiene lugar la caída de Roma y se produce en Europa lo que se conoce como el oscurantismo los textos romanos se pierden durante siglos y recién son redescubiertos en el siglo XI, en que comienzan a ser estudiados. Coincide este descubrimiento con la fundación de la primera universidad en Bolonia en 1088 desde donde se empieza a interpretar y comentar estos textos. Los primeros comentaristas, además de realizar las correspondientes anotaciones a los casos que discutían, comenzaron a sintetizar sus discusiones en frases cortas, que son conocidas como glosas. De ahí el nombre de estos primeros comentaristas como glosadores. Los

más conocidos son Bartolo y Baldo. Uno de los puntos más interesantes de este período es el intento por reelaborar la ley Aquilia, despojándola de su carácter penal.

También se comienza a limitar la indemnización de los daños al perjuicio o mal efectivamente sufrido. En la Edad Media también se nota la influencia de la Iglesia Católica y del derecho canónico, y en lo tocante a la responsabilidad civil se intenta dotarla de un sentido moral similar al pecado y la culpa pasa a tener un papel cada vez más importante. Así con posterioridad a los glosadores hace su aparición la escuela del derecho natural, con Grocio y Puffendorf que producen una profunda transformación en el derecho romano, siendo sus postulados recibidos por los franceses Domat y Pothier quienes directamente elaboran el concepto de que no hay responsabilidad sin culpa como veremos a continuación.

b. El sistema francés

El gran mérito de Domat y Pothier junto con otros autores de antes de la Codificación según Mazeaud- Tunc, fue “haber separado casi por completo la responsabilidad civil de la responsabilidad penal; y por lo tanto, haber estado en condiciones de establecer un principio general de responsabilidad civil; con la ayuda de las teorías de los jurisconsultos romanos, más o menos exactamente interpretados, consiguieron así un resultado que estos últimos no habían podido alcanzar. La etapa decisiva estaba despejada en lo sucesivo: a partir de ese día, ha surgido la responsabilidad civil; posee una existencia propia, y va a comprobarse toda la fecundidad del principio tan penosamente deducido y a entreverse su campo de

aplicación casi ilimitado.⁶” A su vez el derecho francés otorga a la culpa el lugar de elemento de la responsabilidad civil que no había tenido en el derecho romano, en el que la injuria implicaba la culpa. Este lugar preeminente que ocupa la culpa hasta. Si de algún edificio o casa caen a la calle objetos que dañan a los transeúntes.

La acción se concedía no sólo contra el dueño sino contra el que habitaba la casa. Ver art. 1119 del C.C. Se distingue de la anterior en que no es necesario que el objeto estuviera suspendido o colgando.

Este es un antecedente de la responsabilidad de los hoteleros y posaderos. Protegía a quienes se hospedaban por los robos de las cosas introducidas, aunque el robo hubiese sido cometido por terceras personas. “Lo que sorprende desde un comienzo es que no se encuentre, ni en materia delictual, ni en materia contractual, un texto legal de alcances generales, que establezca el principio de que quien causa un daño a su prójimo, en determinadas condiciones, debe repararlo. Resulta suficiente para comprenderlo, con recordar cómo y por qué intervino el legislador. Se trataba de ponerle fin a la venganza corporal, de reemplazarla por el pago de una suma de dinero⁷.” Según un romanista, “el acto “ilícito”, pues, era aquel hecho voluntario que no estaba permitido, que “no debía hacerse”, ya fuera porque una concreta orden normativa así lo disponía (una constitución, una ley, etc.) o bien por ser contrario a las mores de los antepasados, o simple y sencillamente, a los principios del ius. Téngase presente que no es ni remotamente nuestro concepto actual del acto ilícito, que se reduce a las conductas expresamente prohibidas por las leyes (en la Argentina, conforme al art. 19 de la Const. Nacional). La idea romana era muchísimo más amplia,

⁶ MAZEAUD Henri y LEON, TUNC André, Tratado Teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, cit. p.39

⁷ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. Derecho romano, Astrea, Buenos Aires, 2001, p.484.

menos definida y técnica e infinitamente más rica en manos del jurista o del buen juez (y peligrosa en las del mal magistrado o del gobernante abusivo, que en el Lacio primero y en la hermosa Constantinopla después, los hubo por legiones).

“El que había obrado ilícitamente, pues, tenía la obligación de indemnizar al que sufriera las consecuencias de su acción. “Indemnizar” era volver al otro “indemne”. Esto es literalmente, “no condenado”, “absuelto”. Pero por el giro que fue tomando la expresión “daño”, fue queriendo significar “sin perjuicio”. Esta acepción ya se registra en el pasaje de la República al Principado, pues con ella aparecen los sustantivos “indemne” e “indemnidad” en Cicerón y Séneca. El ideal de la indemnización era la “restitución integral”, que abarcaba la totalidad de los perjuicios⁸.” Sin embargo el autor a renglón seguido nos dice que “...en el fondo la noción de culpa se confunde con la de ilicitud, o sea que lo ilícito es culpable y lo culpable es ilícito. Ello nuestros días se justificó en ese momento en dos hechos. En primer lugar la culpa es la expresión jurídica del principio económico del *laissez faire*, y además “cumple el mismo papel ideológico que desempeñan en otros sectores del ordenamiento el dogma de la libertad contractual y de los omnímodos poderes del propietario”⁹. En segundo lugar “el acogimiento, que con especial delectación ha dispensado la sociedad a la culpa... se ha debido a que ha constituido una noción arrebatada por el derecho a la moral. Culpa significa en el ámbito social lo que traduce el pecado en el moral [...] La culpa es, por consiguiente, un acto configurado como una mancha, que justifica la sanción y crea una responsabilidad.” Más adelante explicaremos que además del aspecto moral de la culpa como llave maestra del sistema, no sólo fue este el único motivo que condujo a su total aceptación sino también la influencia de la naciente industrialización y el maquinismo,

⁸ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. Derecho romano, cit. P. 500.

⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría General de la responsabilidad civil, cit,p.45

pues la principal implicancia de la culpa en el aspecto económico es que no limita el nivel de actividad siempre que se observe el nivel de diligencia requerido para no tener que responder. La regla objetiva, en cambio, limita el nivel de actividad cuando la obligación de cuidado pesa sobre una de las partes o es unilateral, (p. ej. un conductor de automóvil frente a un peatón, el explotador de una central nuclear frente a los vecinos, el explotador de una aeronave frente a los que están en la superficie de la tierra) porque en estos casos la alegación de haber puesto toda la diligencia requerida no excusa el pago de los daños ocasionados, porque se responde por la sola causación, lo que es lo mismo que decir que para no responder hay que probar la ruptura del nexo causal y no la falta de culpa como en la regla subjetiva. La Revolución Francesa no sólo marca el fin la monarquía, no es un mero cambio de gobierno, sino también el triunfo del Iluminismo, que pregonaba triunfo de la razón por sobre todas las cosas y la ilusión del hombre de poder dominar y conocer todo. Esta corriente de pensamiento tuvo en la Enciclopedia su correlato científico y en la Codificación el jurídico, y no hace falta decirlo que entre los Códigos dictados por la Revolución Francesa, el Código Civil es el código estrella. Someramente lo describimos a continuación porque fue la principal fuente legislativa de inspiración de Dalmacio Vélez Sársfield. Siguiendo a Bustamante Alsina podemos decir que el Código Civil francés tiene las siguientes características en cuanto a la responsabilidad extracontractual (arts. 1382 a 1386): a) Obligación general de responder por el daño causado a otro; b) La imputabilidad del daño al autor del hecho no tiene otro fundamento que la culpa: no hay responsabilidad sin culpa; c) la culpa tanto puede ser intencional como por simple negligencia o imprudencia; d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones; e) sin daño no hay responsabilidad civil, f) la obligación de responder es una sanción resarcitoria y no

represiva del daño causado. En cuanto a la responsabilidad contractual (arts. 1137, 1147 y 1148) los principios son: a) El deudor debe responder de los daños y perjuicios que ocasiona al acreedor el incumplimiento de la obligación, b) el incumplimiento de la obligación importa la presunción de culpa del deudor. c) La culpa se juzga en abstracto, d) No existe graduación de la culpa en relación al mayor o menor provecho que el contrato reporta al deudor. A la enumeración que realiza Bustamante Alsina¹⁰ nos permitimos agregar que el Código no menciona la posibilidad de reparar el daño moral, ni en forma extracontractual ni contractual, sin embargo esto no ha sido obstáculo para su reconocimiento jurisprudencial. También debemos resaltar que ni en los arts. 138241 ni 138342 se mencionan a la ilicitud como requisito, no obstante lo cual, jurisprudencia y doctrina la exigen. Si tuviéramos que definir al Código Civil Francés en pocas palabras diríamos que es un sistema de atipicidad del ilícito, o con cláusula abierta, centrado en la culpa, y con dualidad de regímenes contractual y extracontractual. Resulta así porque no cumplir el deber de comportarse con diligencia es a la vez culpa (falta de diligencia) e ilicitud (violación de un deber legal)". Hemos respetado textualmente la descripción porque nos parece sumamente didáctica. "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido" "Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia".

En lenguaje filosófico, responsabilizar implica la posibilidad de preguntarle a otro obligándole a dar explicaciones y aún a conceder una satisfacción. López Olaciregui dice que un planteo de responsabilidad se compone de tres supuestos: a) un acto de un individuo, b) un deber, c) una infracción; cuando el acto no se ajusta al deber el individuo incurre en responsabilidad. Para Atilio Alterini el sentido estricto de la

¹⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría General de la responsabilidad civil, cit, p.47.

palabra responsabilidad se circunscribe a la reparación, deriva de sanción. Este sentido limitado de la responsabilidad, que es común a todos los incumplimientos del deber violado que acerca la sanción hasta fundirse con ella compete a la reparación civil.

Este tema de la responsabilidad fue estudiado a través del concepto de la obligación desde el derecho romano antiguo hasta el derecho moderno. Para los hermanos Mazeaud, una persona es responsable siempre que deba reparar un daño.

c. El *common law*

Al igual que el derecho romano el primitivo derecho inglés estaba lleno de formalismos. Una persona que tuviera derecho, denominada *cause of action*, debía obtener un *writ* por parte del Rey, algo parecido a la *actio* que se solicitaba al pretor años atrás en el derecho romano. El *writ* en los primeros tiempos consistía, previo pago de una suma de dinero en la Cancillería, en una orden del rey a un funcionario local para que hiciera respetar el derecho de aquel que se había procurado el *writ*. En un primer tiempo, el derecho se establecía con una *cause of action* y el remedio con un *writ*. Esto cambió más adelante cuando por las luchas entre el Parlamento y la Corona los *writs* se restringieron.

Los principales *writs* que se desarrollan allá por el Siglo XIII son dos: *trespass* y *case*. El *trespass*, según Díez Picazo equivalía probablemente al concepto romano de injuria o *iniuria*. En ambos casos se trataba de figuras netamente penales, porque se requería que la conducta fuese directa e intencional; las conductas culposas todavía no tenían cabida en el sistema. Ambas tenían por objeto restablecer la “paz del Rey”,

impidiendo todo comportamiento que pudiera provocar venganza. El trespass era el remedio para todos los daños directos, inmediatos y causados por la por la fuerza a la víctima ya sea en su persona (*trespass to persons* que luego se subdivide en assault y battery) a su tierra (*trespass to land*) o a sus bienes (*trespass to goods*).

El trespass to persons como ya hemos dicho se subdividió en tres clases:

1. *Battery*: que era el uso de la fuerza contra otra persona, cualquiera fuera el instrumento.

2. *Assault*: consiste en la acción destinada a cometer *battery*, figura muy parecida a la amenaza.

3. *False imprisonment*: encuadran en esta figura cualquier situación por la que se priva de la libertad a una persona, aunque sea temporariamente sin tener una causa válida.

El *trespass to land* consistía en injustificada intrusión en la propiedad de otra persona, aunque no se causara daño. Es muy parecido a la violación de domicilio que está tipificada en el código penal nuestro. El *case* o *trespass on the case*, fue una figura que se desarrolló como un remedio para aquellas situaciones que no entraran en la peyorativa categoría del *trespass*, pero que al haber sufrido un daño debiera encontrarse una solución justa. La primitiva distinción fue que constituía *trespass* si el acto era consecuencia directa de la fuerza del demandado, y *case* si era el resultado de una omisión o de un acto que no fuera la inmediata consecuencia del acto.

La principal distinción que existía entre las dos figuras era que el *trespass* no requería prueba del daño porque éstos se presumían como consecuencia necesaria y directa del ilícito. Era lo que se denomina un *tort actionable per se*. En cambio para que

procediera el *case* era necesaria la prueba de los daños reales. Como veremos más adelante esta distinción existe en algunos *torts* hasta nuestros días en el *common law*, por ejemplo en los daños por difamación. La razón de esta no exigencia es el carácter penal del *trespass*, ya que se pensaba que la fuerza aplicada en las intrusiones aunque no causaran un daño real o demostrable, sí podían generar un resentimiento que era socialmente más conveniente evitar.

La segunda gran distinción, enseña Fleming¹¹, relacionada con el anterior párrafo es que en el *trespass* la intrusión o turbación se consideraba ilegítima, estando a cargo del demandado probar una causa de justificación, como podía ser la defensa propia o el estado de necesidad. En otras palabras existía una presunción de ilegalidad que facilitaba las cosas al actor. El *case*, en cambio, imponía al actor la prueba de la intención ilegal o la negligencia de parte del demandado. Más tarde tiene lugar un proceso de asociación de actos intencionales con el *trespass* y actos negligentes con el *case*. También en un estadio posterior, y en virtud de un refinamiento de la sensibilidad jurídica, según Mattei¹², el *common law* comienza a distinguir entre tutela penal y civil. Cuando hacen su aparición las *felonies* (para delitos intencionales) y las *misdemeanors* (para delitos menores y culposos), estas figuras netamente penales desplazan al *trespass* que se convierte en un *tort* civil. Sin embargo la separación nunca fue total y como ya hemos señalado aún hasta nuestros días algunos *torts* también subsisten como delitos penales como la conspiración o el libelo. Y también hay *torts* que no siempre requieren prueba efectiva del daño, como la difamación. Tenemos entonces que al igual que en el *civil law*, en el *common law* derecho penal y derecho civil no estuvieron separados al principio. El proceso de separación fue lento y en el *common law* crea una rama, *the law*

¹¹ FLEMING, John G; *the law of torts*, 9ª Edic, 1998, LBC, Sydney, 1998, p. 28.

¹² MATTEI, Ugo, *II Modello di Cammon law*, Giappichelli Editore, Turin, 1996, p. 28

of torts, y en el *civil law* nace la responsabilidad civil o como lo dice una expresión más moderna, el derecho de daños. Sin embargo y como lo señala Ponzanelli¹³ la relación entre responsabilidad civil y penal, en una expresión que vale para ambos sistemas jurídicos, era “casi edípica”, porque requería la comisión de un “hecho ilícito” para que procediera la *Battery* consiste en tomar contacto en forma intencional con el cuerpo de otra persona de una manera dañina u ofensiva.

Constituye *battery* por ejemplo, escupir en la cara a otra persona, cortar el cabello, besar a una mujer. Para que exista *assault* se debe crear en la otra persona el miedo de un inminente contacto dañoso u ofensivo. Si la amenaza se lleva a cabo el *tort* se llama “*assault and battery*”. El *false imprisonment* no se da solo cuando se encierra a alguien, sino también cuando se le impide que se vaya del lugar donde está. El *tort* se ha aplicado a muchas otras situaciones distintas de cuando fue creado, como ser cuando el chofer de un ómnibus conduce a tal velocidad para impedir que un pasajero descienda. La expresión *actionable per se* puede ser tomada como equivalente a la que utilizan los tribunales argentinos cuando dicen que como consecuencia de determinadas conductas o daños experimentados el daño surge *in re ipsa*. En el *common law* uno de los *torts actionable per se* es la difamación, es decir la mera expresión difamatoria hace presumir que el destinatario de las injurias sufre daños al menos simbólicos o nominales. Este principio se ha visto modificado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos como veremos más adelante. Responsabilidad civil, que en un primer momento tenía la indisimulada función de castigar a quien cometía un ilícito civil.

¹³ PONZANELLI, Giulio, La responsabilita civile. Profili di diritto comparato, 1992, Il Mulino, Bolonia

c.1. El concepto de *tort*

Conviene recapitular un poco sobre el concepto de *tort*. En sentido amplio *the law of torts* designa, como ya hemos dicho en el *common law* a una rama del derecho que sería equivalente a nuestro derecho de daños, aunque con la salvedad de que no incluye los daños contractuales.

Etimológicamente “tort” deriva del latín “tortus” o “torquere”, que vendría a significar algo así como torcido y que tiene una raíz parecida a la palabra castellana “entuerto” que no se usa prácticamente en el lenguaje jurídico. Primero esta palabra pasó al francés y de ahí al inglés llevada por los normandos que conquistaron Inglaterra.

Los autores norteamericanos todavía no se han puesto de acuerdo en una definición comprensiva de todo lo que es un *tort*. Prosser y Keeton¹⁴, por ejemplo luego de expresar lo difícil que es llegar a una definición dicen: “En sentido amplio, un tort es un proveerá un remedio en la forma de una acción para el pago de daños”. La definición incluye otra palabra que también presenta sus problemas a la hora de encontrar un equivalente en lenguaje jurídico como es “*wrong*” (equivocado o erróneo, algo que está mal).

Resulta sorprendente para una mentalidad como la nuestra ver que lo único general a que arriba Prosser es que lo antijurídico debe ser indemnizado y que la conducta antisocial debe ser desalentada. Es decir que los *torts* tienen un carácter

¹⁴ PROSSER, William Lloyd; KEETON, Page, Prosser y Keeton on The law of torts 5ª ed., Westpublishing Co, St, Paul Minnesota, 1984.

residual muy grande en el que no se incluyen los daños causados por incumplimiento contractual, por ejemplo.

c.2. Clasificación de los torts.

Los *torts* se dividen en tres grandes grupos, los *intentional torts*, que son la categoría primigenia como ya hemos visto, los *negligence torts*, de notable expansión y los *strict liability torts*, también de muy importante crecimiento en nuestros días.

Sobre los primeros, los *intentional torts*, solo diremos que aparte de requerir intención de dañar, llamada normalmente malicia (*malice*). Por ahora basta decir que estos *torts* son los que normalmente dan nacimiento a las condenas por daños punitivos.

El *tort* de *negligence*, cuyo antecedente más inmediato es el *case*, sobre el que ya nos hemos referido, alcanzó una notable expansión sobre todo después de la revolución industrial, en que facilitó el desarrollo del maquinismo, la urbanización y el tráfico en las rutas y autopistas. Según Fleming a los nuevos riesgos que aparecían era imposible confrontarlos con los arcaicos remedios de los viejos *torts*. La forma de no impedir el desarrollo y brindar una respuesta adecuada, la encontraron los jueces en el ajuste de la *negligence*, y con el axioma “no hay responsabilidad sin culpa”, al igual que lo que había sucedido en Francia con Domat y Pothier. La regla de la responsabilidad por culpa, según Markesinis¹⁵ es la que mejor servía a la hipocresía de la sociedad victoriana, porque protegía a las industrias nacientes con un débil mercado asegurador. La regla de la culpa según este autor, en esa época tuvo un doble significado: “no sólo

¹⁵ MARKESINIS, Basil; Deakin, Simon, Tort Law, 4ª edit. Clarendon Press, Oxford, 1999.

significaba que si se incurría en culpa se debía pagar, era también entendido (menos convincentemente) que se requería que si no se incurría en culpa no se pagara”.

En Inglaterra la negligencia como principio general de daños de quien causa daños incurriendo en ella fue reconocida con el famoso fallo de la House of Lords *Donoghue vs. Stevenson*⁶⁶. Antes de ese fallo la responsabilidad civil por negligencia sólo tenía lugar en muy aislados casos. El *holding* del fallo surge del voto de Lord Atkin que dice:

“La regla por la cual se debe amar al vecino se transforma en la ley: no debes dañar a tu vecino y la pregunta del abogado es: ¿Quién es mi vecino? recibe una respuesta estricta. Se debe tener cuidado razonable de evitar actos u omisiones que se pueda razonablemente prever que van a dañar a mi vecino. ¿Quién es entonces por ley mi vecino? La respuesta parece ser personas que están tan cercana y directamente afectadas por mi acto que se puede razonablemente contemplarlos como que serán tan afectados cuando yo esté dirigiendo mi mente hacia los actos u omisiones en cuestión.”

Los elementos para que haya negligencia según Markesinis son cuatro:

- A. Un deber legal de actuar o de no actuar, (*duty*),
- B. Violación de ese deber (*breach of duty*),
- C. Nexo de causalidad o simplemente causa (*causation*) y por último
- D. Daño (*damages*). Este requisito es la gran novedad de este tipo de *tort* y es lo que lo caracteriza.

Recordemos lo dicho anteriormente que algunos *torts* no exigen la demostración del daño, sino que presumen su existencia como la difamación.

A simple vista puede apreciarse que los elementos son prácticamente los mismos que se requieren en el *civil law* para que proceda la responsabilidad por culpa, al menos en su formulación clásica. Así en nuestro sistema se requiere: 1. Acto ilícito, que estaría representado por el *duty* y su violación (*breach of duty*). El *duty* vendría a tener correspondencia con el interés jurídicamente protegido que a su vez surge de la obligación de comportamiento (positivo o negativo), la diferencia es que el *common law* desdobra en dos requisitos lo que en nuestro derecho se engloba bajo el rótulo de acto ilícito. De todos modos cada vez menos se considera que el hecho ilícito deba ser requisito de la responsabilidad civil. Nexo de causalidad: igualmente se requiere que exista una relación de causalidad, principio válido para todas las obligaciones: no hay obligación sin causa. Factor de atribución, principalmente la culpa, que se requiere que exista también en el *common law*, la que puede ser desplazada por la culpa de la víctima. La definición de culpa en el *common law* es la misma que en nuestro derecho: violación o infracción de deberes de cuidado o prevención. Daño: elemento indispensable en nuestro sistema.

El paradigma del buen comportamiento en el *common law* es el *reasonable man*, ahora *reasonable person* para despojarlo de connotaciones sexistas, que vendría a ser el equivalente del buen padre de familia de que hablan nuestros códigos.

Fleming con la belleza de la prosa de su obra, no exenta de agudeza lo describe así: “la persona razonable es la encarnación de todas las cualidades que requerimos al

buen ciudadano: si no un modelo exacto de perfección, por lo menos una mejor persona de lo que probablemente cualquiera de nosotros sea, o quizás incluso aspire a ser”. En Inglaterra el Juez Pearson en *Hazell vs. British Transport Commission* lo definió como: “la regla básica es que la negligencia consiste en hacer algo que un hombre razonable habría hecho en esa situación u omitir hacer algo que un hombre razonable habría omitido en esa situación”. Lord Radcliffe dijo que el hombre razonable es la “antropomórfica concepción de la justicia”.

Una alternativa para poder llegar a decidir en qué casos hay negligencia la brinda la regla creada por el Juez Learned Hand en el celeberrimo caso *United States vs. Carroll Towing Co.* Sobre este tema trataremos más adelante, bastando decir que la negligencia surgiría para este criterio por cuando el valor de las precauciones a tomar sea menor que el daño multiplicado por la probabilidad de que ese daño precisamente ocurra.

Finalmente debemos referirnos aquí a la regla de responsabilidad que se conoce como *Strict liability*, y que podríamos traducir como responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. Esta regla surge del famosísimo caso *Rylands vs. Fletcher*.

Ese caso estableció la regla de que una persona es responsable si en el uso “no natural” de su tierra acumula cualquier cosa factible de causar daño si se produce un escape. El caso se trataba de la construcción de una presa de agua para proveer a una fábrica. En el lugar elegido había un túnel de una mina en desuso, pero debido a la negligencia de los ingenieros, contratistas independientes, el túnel no se descubrió hasta que el agua inundó la mina ubicada en la propiedad adyacente por medio de pasadizos

que las comunicaban. Se probó en el juicio que los demandados ignoraban la existencia del túnel. De acuerdo a las reglas existentes hasta el momento en el *common law* deberían haber sido absueltos.

La aplicación del nuevo factor de atribución regla no fue bien recibido de inmediato por los tribunales, pero al final terminó por imponerse. Es que en la individualista y liberal sociedad de la época no sonaba bien que se debiera responder aunque se fuera inocente, como había sido siempre hasta el advenimiento de la regla “no hay responsabilidad sin culpa”. En la antigüedad y también en el Medioevo, en esos tiempos en que la vida era “salvaje y corta” no era concebible o era incomprensible suponer que un daño no pudiera ser intencional.

Sin embargo según como se la interprete, la regla de *Rylands vs. Fletcher* no deja de tener su elemento de culpa al crear un riesgo anormal. Esta afirmación, que puede haber tenido algún viso de razón en el siglo pasado, es impredecible de la mayoría de las actividades de este siglo en que gran parte de las actividades cotidianas implica cierto riesgo. Es mucho más atinado fundar la regla de responsabilidad estricta en la tolerancia de la sociedad hacia ciertas actividades dañosas, pero socialmente útiles, con tal que se indemnicen sus inevitables consecuencias perjudiciales para terceros. La otra alternativa cuando una actividad es lesiva es directamente la prohibición o la reglamentación de su realización buscando minimizar la posibilidad de daños, aunque en este último caso, aún cumpliendo todas las disposiciones legales, no hay excusa para responder. Este tipo de responsabilidad se impone en actividades legítimas, pero dañosas con el propósito de internalizar el costo de los accidentes, y no ponerlo en cabeza de la víctima. Otros casos de *strict liability* son la responsabilidad por productos

elaborados, la responsabilidad por daños causados por animales, que existía antes de la regla de *Rylands vs. Fletcher*, la responsabilidad por daños causados por aeronaves y la responsabilidad del empleador por los daños causados por sus empleados, por mencionar los ejemplos más relevantes.

e. El Código Civil Alemán

El Código Civil Alemán siguió una evolución distinta frente al Código Civil Francés porque sus juristas, primero con la Escuela Histórica y luego con la pandectística, según Diez Picazo discuten “en nombre de una rigurosa interpretación de los textos romanos y de un rechazo de las deformaciones que en ellos había introducido el Derecho Común, la generalización de la responsabilidad por culpa que el iusnaturalismo había llevado a sus consecuencias más extremas.”¹⁶ Por la influencia que tuvo en la legislación de países europeos es comparable al hito que significó el código civil francés. Las notas más salientes del Código Civil Alemán en lo tocante a la reparación de actos ilícitos son:

1. No existe una cláusula general de responsabilidad por culpa como en el sistema francés. De acuerdo al artículo 823, se deben indemnizar aquellos daños causados en forma antijurídica, con dolo o culpa, pero que afecten “la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualesquiera otro derecho de otra persona...” Es un sistema muy cercano a la tipicidad (*enumerationsprinzip*). Los derechos mencionados son los que se entienden como absolutos. Como vemos

¹⁶ DIEZ PICAZO, Luis Derecho de daños, Civitas, Madrid, 1999, P 86

hay una gran restricción, a pesar de que jurisprudencialmente se haya atenuado el rigor primitivo del Código.

2. Sí existe de acuerdo al art. 826 un principio de responsabilidad general por dolo, tal como ya habían descubierto los romanos: “Quien dolosamente causa a otro un daño de forma que atente contra las buenas costumbres, está obligado para con él a la indemnización del daño.” No sólo el daño debe ser doloso, sino además atentatorio contra las buenas costumbres.
3. El daño moral también es muy limitado. Según el art. 847 “En el caso de lesión en el cuerpo o en la salud, así como en el caso de privación de libertad, el perjudicado puede exigir también una indemnización equitativa en dinero a causa del daño que no sea daño patrimonial. La pretensión no es transmisible y no pasa a los herederos, a no ser que haya sido reconocida por contrato o que se haya convertido ya en *litis pendente*.”

Las razones de esta reglamentación fuertemente individualista y restrictiva con la víctima, no sólo se explican por razones jurídicas, sino porque al igual que en el *common law*, y en el derecho francés, el objetivo “era impedir que resultara extraordinariamente gravoso para el capitalismo, todavía incipiente en Alemania en el final del siglo, un sistema de responsabilidad que fuera especialmente riguroso.”¹⁷ Otros autores también coinciden en que el liberalismo político y económico ejercieron fuerte influencia en la redacción del Código y que la protección de la propiedad y la del patrimonio predominó ampliamente sobre la idea de la reparación, de la compensación

¹⁷ DIEZ PICAZO, Luis Derecho de daños, Cit, P 88

y de la intimidación.”¹⁸. Para el autor citado “Esta refacción se apoyó en la interpretación que Savigny había atribuido a la acción de la Ley Aquilia. Se fundó, asimismo, en el rechazo de la responsabilidad por culpa fuera de algunos casos concretos y en la admisión y en el carácter estrictamente material y patrimonial del daño aquiliano y en la discusión o debate que algunos autores mantuvieron sobre la admisibilidad de la responsabilidad por omisión.” “Sólo así se explica, la edificación del derecho delictual sobre la violación de derechos subjetivos, y la ausencia de una norma unitaria sobre el delito, pero también la estrechez de los distintos supuestos de hecho delictuales, la antítesis demasiado tajante entre personalidad negocial y delictual y la exagerada preeminencia del principio de la culpa.”

2.2 Modernas tendencias en el derecho Civil Peruano y Comparado.

2.2.1 Consideraciones Generales

Sostenía el autor español Gayoso Arias en 1918 que “nadie que se precie de hombre podría o debería aceptar dinero a cambio de un dolor moral” y que “la fama y el honor son en cierto modo antiestéticos de los dineros en términos que el que en estos los tase y cobre demuestra cabalmente no tenerlos y se deshonor a los ojos de todos”¹⁹. En 1983, en cambio, ha podido formularse a modo de reclamo por parte del jurista francés Chartier, la pregunta de si ¿puede concebirse que en una sociedad como la actual se puedan afectar los sentimientos más elevados y nobles de los que nos rodean, de

¹⁸ ENNECCERUS, Ludwing, Nipperdey, Hans Carl, Tratado de Derecho Civil. Parte General. T.I, Segunda parte, Trad. de Pérez Gonzales y Alguer, Bosch, Barcelona, 1981, p. 846.

¹⁹ GAYOSO ARIAS, “La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y positivo”, en Revista de Derecho privado, 1918. Pp. 234 y ss.

nuestros prójimos, sin que se incurra en ningún tipo de responsabilidad y que, en cambio, el menor atentado al patrimonio dé lugar a la reparación?²⁰

Como puede observarse, en poco menos de setenta años la concepción imperante respecto del resarcimiento del denominado daño moral ha sufrido un vuelco no sólo importante sino absoluto. Esta constatación nos sugiere una pregunta obvia: ¿a qué se debe ese radical giro? Al contestar esa pregunta y otras que nos sugiere la teoría actualmente desarrollada en torno a este perjuicio irá orientando nuestro trabajo.

Desde luego, cualquier respuesta a esa cuestión debe partir por hacer una referencia, aunque sea somera, al sorprendente desarrollo experimentado por la responsabilidad civil, tanto que es frecuente que se aluda a este proceso como “el fenómeno de la responsabilidad” o incluso, como ha afirmado el jurista español Yzquierdo Tolsada, “la fiebre actual de la responsabilidad civil”²¹. Con tales expresiones quiere aludirse al creciente estudio y preocupación que tanto juristas como legisladores le han dedicado en los últimos tiempos, influidos, probablemente, por las hondas transformaciones que la jurisprudencia ha introducido a los principios en que ella se asentaba tradicionalmente.

En efecto, la transformación operada en materia de dolo moral debe ser explicada, en primer lugar, a la luz de esa evolución mayor, pues es en ese contexto en el que las reticencias clásicas en contra de su resarcimiento han podido ser abandonadas por doquier, al menos en el ámbito extracontractual que no en el contractual como observaremos más adelante.

²⁰ CHARTIER, La réparation du préjudice, Paris, 1983, p.156

²¹ YZQUIERDO TOLSADA, La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general, Madrid, 1989, p 1

No pretendemos abordar con ello el análisis exhaustivo de la evolución habida en general en materia de responsabilidad civil en el Derecho Comparado, pues ello justificaría la elaboración de una obra de carácter general. No obstante, sí resulta pertinente insistir en la idea que aunque la enorme trascendencia adquirida por la responsabilidad encuentra su fundamento en razones muy variadas, prácticamente todas se reconducen a la mayor exposición a los riesgos que la vida moderna supone para el hombre, generando diariamente miles de accidentes y, por consiguiente, de daños y perjuicios, así como a cambios culturales que llevan a todos a negarse a soportar daños y a buscar transferir su resarcimiento a terceros.

La evolución experimentada por la responsabilidad civil ha llegado a transformarla por completo en términos tales que, al menos en algunos aspectos, no tienen ninguna relación con los presupuestos que la fundaban en las codificaciones decimonónicas. Tanto su estructura como su fundamento han variado substancialmente hasta el punto que, aunque en la mayor parte de tales legislaciones esos preceptos permanecen incólumes, lo cierto es que la jurisprudencia, siguiendo las tendencias anunciadas por la doctrina de cada país, ha ido paulatinamente enriqueciéndolos e incluso modificándolos substancialmente hasta conformar lo que hoy conocemos en Europa o en el Common Law, constituye el gran tema de estudio, tanto que algún autor ha podido decir que a quienes en el futuro les toque escribir la historia de este fin de siglo deberán destacar entre los hitos más importantes de esta época y en letras negritas **“el de la responsabilidad civil”**²²

²² YZQUIERDO TOLSADA, La responsabilidad civil contractual y extracontractual, vol. I, Madrid, 1993, p. 17.

De este modo y tal como señala Díez-Picazo, “el Derecho de la responsabilidad Civil” o “Derecho de daños”, como también se le conoce, de ser un tema más bien residual en el Derecho de obligaciones ha pasado a ser uno de sus más interesantes y fundamentales tópicos. Decimos residual pues, como lo ha destacado este ilustre jurista español, así parecen demostrarlo las escasas normas que en las codificaciones decimonónicas se consagraban a esta materia. Así, por ejemplo, en el Derecho francés la norma fundamental del derecho de daños la constituye el art. 1322²³, complementando por las disposiciones siguientes, que son las últimas de la teoría general de las obligaciones y de los contratos. Lo mismo sucede en la legislación civil española, cuyas reglas de responsabilidad se concentran fundamentalmente en el Título XVI del libro IV que trata de “las obligaciones que se contraen sin convenio” y cuya regla básica se contiene en el artículo 1902²⁴. Por último, a la misma conclusión se llega en aquellas legislaciones civiles inspiradas en alguno de estos sistemas como la nuestra, con una regulación de la responsabilidad concentrada en 36 artículos.

Dentro de ese desarrollo, la tendencia general en el Derecho Civil actual de conceder la mayor tutela posible a la persona, ha generado en el ámbito de la responsabilidad una progresiva ampliación de la categoría de daños que se consideran deben ser reparados.

Lo anterior no significa, como lo afirman Mazeaud y Tunc, que la cuestión del daño extrapatrimonial sea una cuestión nueva sino que se ha planteado “desde

²³ El art. 1382 del Código Civil francés dispone: “Todo hecho cualquiera del hombre que causa daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo”.

²⁴ El art. 1902 del Código Civil español establece: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”

siempre”²⁵. Así, se suele reseñar el testimonio de Ihering, quien afirma que en el derecho Romano, en su último estado, se concedían varias acciones de defensa y reparación de vulneración que afectaran sentimientos íntimos o el honor tales como *vera rei estimatio*, *la affectus*, *la pietas*, etc. Lo mismo ocurría en el Derecho germánico, en el cual reconocía el sistema de composiciones: el Wehrgeld, que consistía en una especie de tarifa legal por las injurias, las lesiones y que permitía la compensación de una muerte o de una injuria si mediaba un pago de una suma de dinero a la víctima o a su familia.

Antecedentes importantes de alguna consideración del daño moral los encontramos en el Código de las Dietes Partidas, de Alfonso X el Sabio, en el que se da como concepto de daño: “el empeoramiento o menoscabo que un hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro”, que parece contener un reconocimiento general del daño extrapatrimonial, aunque luego, los casos específicos tratados por la legislación Alfonsina no permiten una conclusión indubitada en cuanto a una noción de lo que hoy denominamos daño moral.

Del mismo modo, el Derecho francés antiguo no desconocía esa índole de reparación sino que, por el contrario, hizo una larga aplicación de ese mismo principio. Prueba de ello son las variadas sentencias de los Parlamentos antiguos que recogían tal idea, como la de 3 de abril de 1685, según la cual: “Sabemos y todos los autores lo

²⁵ MAZEAUD y TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. I, Paris, 1957. También en su versión traducida al español, *Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (trad. de Alcalá-Zamora y Castillo), t. I, vol. I, Buenos Aires, pág. 429.

dicen que la reparación civil que se concede a las viudas por la muerte de sus maridos es dada para enjugar sus lagrimas y aportarle algunos consuelos en su dolor”²⁶ .

No obstante y pese a que, como podemos concluir de las ideas anteriores, la idea de reparación pecuniaria del daño moral es de antigua aparición, lo cierto es que su verdadero reconocimiento sólo ha venido a producirse en los últimos decenios. Es sólo en este último tiempo que se ha perfilado un concepto más claro de lo que por daño moral debemos entender y se ha fijado sus contornos de un modo más preciso, sin que por ello debamos creer que se trata de una materia en la que subsisten dudas o imprecisiones. Por el contrario, si existe un concepto que suscite polémica en la actualidad es la del daño moral, aunque se encuentra completamente admitido que su fundamento se encuentra en los derechos de la personalidad.

Aunque con algunos precedentes en el Derecho positivo, debe destacarse que esta evolución ha sido fruto esencialmente de la jurisprudencia. Es esta la que por medio de sus sentencias ha venido a suplir en algunos países la falta de texto expreso que reconoce al daño moral y le regule. En otros, ha extendido la aplicación de un texto restrictivo a casos que en un principio parecerían estar excluidos de la norma legal, amparándose en la función integradora que a los tribunales les corresponde. Por eso, en un aspecto que puede parecer sorprendente, toda la teoría del daño moral se ha elaborado a partir de ciertas sentencias que por su trascendencia han modificado la concepción estricta del daño imperante a veces en la doctrina, otras en el propio texto legal. Decimos sorprendentemente porque en la mayoría de los sistemas, pese a la transformación operada por las sentencias judiciales, las normas relativas a la

²⁶ Traducción de una sentencia citada por VELICIU, *La réparation pécuniaire du dommage moral*, Paris, 1922, pág. 16.

responsabilidad y al daño extrapatrimonial, en particular, no han sido alteradas y, no obstante, existe una desarrollada teoría que regula sus requisitos y contenidos.

La evolución que el reconocimiento de la reparación por daño moral ha tenido en estos sistemas podría dividirse en tres estepas: una primera, que puede resumirse en una aceptación del resarcimiento de las consecuencias pecuniarias del daño extrapatrimonial en materia aquiliana, esto es del llamado “daño moral impropio”. Una segunda, en la que se ha admitido para la misma esfera de la responsabilidad del resarcimiento del “daño moral puro”, esto es de aquel perjuicio que no afecta ni aun indirectamente al patrimonio de la víctima. La tercera supondría el acogimiento del principio de su pleno resarcimiento en toda la responsabilidad y, por ende, tanto en materia extracontractual como contractual con distinción y aun ampliándose la noción de daño moral a todo el ámbito de los atentados a los intereses extrapatrimoniales de la persona. Esta sería la conclusión final a la que, por imperativos de equidad y lógica jurídica, deberían llegarse en toda esta evolución, son muy pocos los sistemas que se han atrevido a desarrollar ese principio en toda su amplitud y extensión. Esa tercera fase –según apuntaremos más adelante–no ha sido admitida sino muy tímidamente en algunos casos y en otros ni siquiera ha sido planteada, obedeciendo ello a razones tan variadas como el respeto a la opinión tradicional o a un determinado texto legal.

El estado de la cuestión, por tanto, depende de la familia, en la nos situemos y, dentro de ella, del sistema jurídico en el que nos centremos.

Así, por una parte, la doctrina del Common Law en la actualidad admite ampliamente la reparación del *non economic loss* en materia de *torts*. Decimos en la

actualidad porque en un tiempo ello fue objeto de discusión, fundamentalmente por las dudas que suscitaba su falta de materialidad. En el presente, en cambio, su admisión es incuestionable, aún más cuando se ha destacado que la ciencia médica revela que los sufrimientos y las angustias mentales son daños verdaderamente físicos, al igual que una herida cualquiera²⁷. En cambio, si del ámbito contractual se trata –pues no debemos olvidar que la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual también es reconocida allí –la doctrina más común del *Common Law* pareciera ser contraria a su admisión aunque, en el fondo, la solución depende del caso en cuestión.

En la familia de origen romano germánico la regulación de la indemnización por daño moral no es idéntica, aunque en todos los ordenamientos que la integran existe un principio de resarcimiento más o menos amplio de él.

La regulación no es idéntica pues encontramos legislaciones civiles que regulan expresamente el daño moral en sus Códigos, admitiéndole de manera amplia. Se trata normalmente de legislaciones modernas como la venezolana de 1922²⁸ o peruana de 1984²⁹ o que, pese a ser de larga data, han sido objeto de recientes modificaciones en materia de responsabilidad tales como la mexicana después de su reforma de 1982³⁰, o

²⁷ En tal sentido, GOODRICH, “Emotional Disturbance and Legal Damage”, en *Michigan Law Review*, 1992, N° 20, pág. 427.

²⁸ El art. 1196 del Código Civil venezolano dispone en su primera parte: “La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima, en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o las de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto a la parte lesionada”.

²⁹ El art. 1322 del Código Civil peruano establece: “El daño moral, cuando él se hubiere irrogado, es también susceptible de resarcimiento”. Además su art. 1984 contenido en la sección de responsabilidad extracontractual señala que: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

³⁰ Después de la reforma, el art. 1916 del Código Civil mexicano señala que: “Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable de que haya causado un

señaladamente la argentina después de sus reforma de 1968³¹. Mención aparte merece el Código Civil de Luisiana que, ya en su antigua versión de 1825, contenía la regla actualmente vigente en el art. 1934 del Código de 1870, según la cual: “Aunque la regla general es que los daños son el monto de la pérdida que ha soportado el acreedor o la ganancia de que ha sido privado, hay sin embargo casos en que pueden atribuirse sin calcularlos en ninguna pérdida pecuniaria que la parte haya sufrido. Así ocurre cuando el contrato fue convenido con algún propósito de conferir a alguna parte un puro goce intelectual, como los relativos a la religión, moralidad, gusto, confort personal o cualquiera otra clase de satisfacción de tal orden. En estos casos, pese a que no hayan sido valuadas en dinero por las partes, se debe no obstante indemnizarlos por el incumplimiento de la obligación. Un contrato cuyo propósito es una fundación religiosa o caritativa, una promesa de matrimonio, la obligación de realizar un trabajo en cualquier arte, son ejemplos de casos en que esta regla puede ser aplicada...” Como se ha resaltado, esta norma sólo puede explicarse a partir de Toullier, de la cual provenía, que sostenía que la ruptura de una promesa de matrimonio ha de dar lugar a daños, a pesar de la dificultad de evaluación, y no obstante la opinión contraria de la época.

Sin embargo, los casos anteriormente citados constituyen ciertamente una excepción dentro del panorama jurídico de esta familia pues, en general, los derechos que la conforman carecen de una regulación de la categoría de daño en estudio, aunque, no existe en ellos mención expresa al daño moral. Así ocurre muy particularmente en aquellos países que tienen Códigos Civiles decimonónicos, pues

daño material tanto en la responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al art. 1913”.

³¹ La Ley 17.711 de 1968 introdujo un nuevo texto al art. 1078: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima”.

estos durante mucho tiempo ignoraron esta clase especial de daño. Su reconocimiento no ha sido sino una conquista de este siglo, lograda gracias al denominado “poder creador de la Jurisprudencia”, siguiendo la expresión del insigne maestro francés Bolulanger.

En uno y en otro caso, claro está, la evolución ha sido semejante con la diferencia de que, en unos países, la recepción del resarcimiento del daño moral ha motivado una reforma legislativa y, en otros, en cambio, esa reforma se ha considerado innecesaria atendiendo a la amplitud de los términos utilizados en las reglas resarcitorias contenidas en sus codificaciones.

El primer país en iniciar el cambio interpretativo será Francia, donde ni Code ni los otros cuerpos legales contenían ninguna norma que hiciera referencia expresa a esta clase de perjuicio ni menos aun a su admisibilidad o no dentro del concepto de daño resarcible. Por ese motivo, la decisión de esta cuestión ha sido exclusivamente abordada por los tribunales ante una doctrina que, desde un principio, se mostraba dividida.

Es así como, compelida por razones de justicia, la jurisprudencia civil se mostrara proclive a la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales cuando resultaban de un hecho constitutivo de delito, siguiendo con ello la tendencia de los tribunales penales que desde hace ya un tiempo lo indemnizaban. Rápidamente se extenderá este mismo criterio a estos mismos perjuicios cuando derivan de un ilícito civil. En efecto, por sentencia de 15 de junio de 1833 se abrían las puertas a su reparación tras la declaración del procurador general Dupin ante las Cámaras reunidas de la Corte de

Casación de que “...el error capital en todo este asunto es el de creer que no existe sino un perjuicio”, tras lo cual ordenaba indemnizar un daño que curiosamente no constituía un verdadero daño moral sino uno común como lo era el causado a todos los farmacéuticos del departamento de la Seine por el ejercicio ilegal de esa profesión por parte de los demandados.

Como lo ha sostenido la doctrina, Dupin introdujo el concepto de daño moral para permitir la indemnización de un perjuicio que los farmacéuticos, en verdad, no podían justificar pues tomando las palabras de Esmein “se ha visto que cuando los tribunales estiman que es necesaria una sanción y que los hechos no les permiten cifrar la indemnización sino en un monto que les parece insuficiente o no les permiten conceder ninguna indemnización, atribuirle a la indemnización el carácter de perjuicio moral”.

Siguiendo a Rodiere puede decirse que el paso de los delitos a los cuasidelitos se produjo sin que hubiera una toma de conciencia, pues la indemnización del daño moral aparecía como naturalmente ligada a la idea de responsabilidad por culpa que imperaba en la época. Es así como paulatinamente los tribunales irán desechando uno a uno los variados argumentos que contra de esta reparación se habían esgrimido, tales como su imposibilidad para ser apreciado en dinero, la inmoralidad que suponía “poner precio a los sentimientos”, o en la célebre expresión de Morange “agitar monedas con las lagrimas”, la arbitrariedad implícita en su evaluación y resarcimiento o la clásica idea de que las reglas indemnizatorias eran propias de los daños materiales y no podían ser aplicadas a los perjuicios morales.

Por el contrario, se resolverá que aunque es cierto que los redactores del Código Civil al escribir el capítulo de los delitos y cuasidelitos no vieron el problema, por lo general de sus términos se aplica tanto al daño moral como al daño material. Asimismo se superara la dificultad implícita en su evaluación y reducción o dinero a través de la tesis de que la indemnización en este caso, si bien no puede cumplir con su función de compensa, puede al menos servir de satisfacción, en el sentido de que con ella puede la victima procurarse alegrías y goces que le permitan aliviar su dolor o sufrimiento.

De esta forma se desencadenara, con el transcurso del tiempo, una evolución del concepto y de los casos en que se concede esta reparación que prácticamente no concederá limites. Toulemon ha descrito este proceso, en términos no exentos de chauvinismo, diciendo que “es honor de la jurisprudencia francesa y de sus autores haber sabido deducir, a medida de la evolución de las costumbres, de los gustos, de las necesidades, las fuentes de reparación de las clases más diversas y que tenían incidencia sobre la persona. Expresión de una nación civilizada, la jurisprudencia francesa muestra que nosotros concedemos un precio incomparable a la vida humana.

En verdad, a partir del principio fundamental de respeto a la persona, los Tribunales franceses han justificado el resarcimiento de cualquier daño que se le cause a la integridad por el hecho de otro, elaborando una desarrollada teoría sobre el daño moral que no reconoce parangón en ningún otro sistema.

Por otro lado, su influencia sobre los demás sistemas cuyas codificaciones civiles se inspiraron en el *Code* será innegable. Es así como, paulatinamente, se irían

abandonando en ellos los argumentos antes referidos, que también habían sido recepcionados, para admitir su indemnización en sede aquiliana. Así, por citar algunos ejemplos, como sucediera en el Perú en 1907 o en España en 1912, bajo la idea de daño moral impropio y, en 1917, en una de daño moral puro al indemnizarse ‘el menoscabo causado en la fama y reputación profesional del médico demandante’ al expulsársele injustificadamente de su Colegio profesional.

Su admisión en la esfera extracontractual se verá en todos favorecida por la amplitud de los términos empleados por los legisladores decimonónicos que permitirán fácilmente decir en Perú que el Art. 1322 comprende el daño moral en la expresión “todo daño” o que lo mismo autoriza el Art. 1902 en España.

A partir de esos instantes, la doctrina del reconocimiento del daño moral en el ámbito aquiliana se vara repetida incesantemente, hasta el punto que bien podríamos decir que forme parte de aquellas verdades jurídicas que nadie está dispuesto a cuestionar.

2.2.1 Evolución de la Indemnización por daño moral en el Perú

Ahora bien, forzoso es reconocer que esta tendencia no ha sido recepcionada en nuestro país con la intensidad que ha alcanzado en otros sistemas, según vinimos a resaltar. Y ello resulta curioso pues la evolución antes reseñada no ha sido exclusiva a

los países desarrollados sino también a algunos de nuestro mismo desarrollo económico o al menos semejante como Argentina o México.

En efecto, a aunque las sentencias que a diario se dictan sobre esta materia en Perú son muy numerosas, son muy pocos los estudios que se han efectuado sobre ella, en este sentido y sin temor a incurrir en una exageración bien puede decirse que la mayor parte de los litigios que se plantean en cuanto a la responsabilidad extracontractual ante nuestros tribunales son resueltos única y exclusivamente a partir de las enseñanzas contenidas en la doctrina extranjera así como cuando se trata de la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, ninguna duda cabe que muchos de los principios contenidos en las obras requieren de una urgente adaptación si se les contrasta con las tesis actualmente defendidas en el derecho extranjero. Y lo que es aun mas grave si se les contrasta con las numerosas modificaciones que el desarrollo económico ha supuesto y supone para nuestro país.

Así, de una indemnización dirigida a reparar sólo los daños patrimoniales o con contenido patrimonial como parece haber sido la idea de los Códigos decimonónicos, se admite en la actualidad sin lugar a dudas, que ella debe extenderse a los llamados daños extrapatrimoniales o morales. Ello implica que el concepto de daños resarcible, tradicionalmente circunscrito al ejercicio de carácter pecuniario, se ha extendido para incorporar a aquellos que carecen de tal contenido.

En efecto, nadie puede desconocer que el Perú ha sufrido grandes transformaciones económicas. Esta es una constatación que todo peruano mayor de cincuenta años se encuentra en condiciones de atestiguar. Y hablar de desarrollo económico supone hablar de desarrollo industrial, de mejora en las condiciones de vida, de llegada al país de numerosos avances tecnológicos, de incorporación a la vida diaria del peruano de una serie de actividades antes desconocidas, si no para todos, para un gran segmento de la población o incluso algunas para toda ella y que entrañan claramente un aumento de sus situaciones de riesgo:, empleo cotidiano de medios de transporte, exposición continua a deterioros del medio ambiente, lesiones irreparables ocasionadas por equipos médicos o quirúrgicos, aumento alarmante de los vehículos participantes en accidentes de tránsito y de todas sus secuelas, tales como muertes y lesiones, entre otras.

Frente a tales transformaciones, los criterios tradicionalmente empleados en nuestro sistema para solucionar los problemas en materia de responsabilidad resultan anticuados, pues ellos permanecen fieles a las clásicas interpretaciones propuestas a los códigos decimonónicos, por ejemplo en Francia o en España. Y estas, abandonadas en gran parte en tales países, siguen vigentes en el nuestro.

Con todo, algunos vicios de innovación o de intentos de adaptación en esta materia pueden encontrarse en nuestro sistema. Todos pueden encontrarse fundamentalmente en nuestra jurisprudencia, pues las reformas legislativas en este ámbito son prácticamente inexistentes y la doctrina, con honrosas excepciones, no se ha interesado mayormente en su estudio. Por lo demás, nada ha de extrañar esta forma de evolución, ya que ella es coincidente con la adoptada inicialmente en la mayor parte de

los sistemas jurídicos que hoy poseen una acabada teoría de la responsabilidad. Todos además se han producido en época reciente y, por lo mismo, anuncian, tal vez, un inminente giro interpretativo al respecto.

2.2.2. Progresiva ampliación de la categoría de daños indemnizables. En particular, reconocimiento del daño moral en plenitud

Paralelamente a la colectivización de las actividades humanas que transforma, según algunos prácticamente en máquinas a los que en ella trabajan, la sociedad ha ido concediendo cada vez mayor importancia a la persona y a los derechos, valores y atributos de que se encuentra revestida. Esta tendencia, común a todo el Derecho Civil del presente, ha generado en el ámbito de la responsabilidad una progresiva ampliación de la categoría de daños que se consideran deben ser reparados y, en particular, ha llevado al reconocimiento del daño moral en plenitud. A esta evolución no ha permanecido ajeno nuestro sistema, y, aun más, siguiendo las mismas etapas perceptibles en todos los países de Derecho Civil codificado donde esa especie de reparación se encuentra ampliamente aceptada en todos los ámbitos de la responsabilidad civil.

En efecto, un examen de nuestra jurisprudencia revela que la admisión del daño moral como perjuicio susceptible de ser indemnizado es bastante antigua, a pesar de que Código Civil no la comprendía expresamente.

La evolución experimentada en el ámbito delictual es admirable si consideramos que, en el siglo pasado, a partir de la vigencia del Código, no figuraban

en los repertorios jurisprudenciales caos de tal indemnización. Cuando se trataba de accidentes, preferentemente causados por tranvías o por el ferrocarril, con resultado de muerte o lesiones, se ordenaba la indemnización de la pérdida causada a la víctima o a los parientes cercanos que dependían de ella. No se trataba, sin embargo, sino de una forma de daño patrimonial, tal como lo era la pérdida del sustento que la víctima obtenía o procuraba a sus deudos. Curiosamente, no obstante, esa reparación se hacía la mas de las veces mediante la simple fijación de una suma que se estimaba equitativa sin que apareciera, en muchos casos, ninguna prueba relevante para su cálculo, aunque poco a poco se va a insinuar que la fijación ha de tener en cuenta lo que la victima directa podía ganar y el tiempo probable de la vida laboral que le quedaba. Con todo, se estaba lejos aún de la consagración del daño moral puro.

En los primeros años de este siglo, paulatinamente, y sin especiales consideraciones doctrinales, aparece el daño moral en las sentencias bajo la forma del dolor o aflicción que causa la muerte o las lesiones. En este sentido, ya en 1907 se reconoce el daño moral, bajo la idea de sentimiento y valor de afección. En sentencias posteriores, la cuestión se manifiesta claramente decidiéndose directamente por la Corte Suprema que el daño moral es indemnizable en el ámbito delictual.

A partir de entonces, la admisión de esta especie de perjuicio en casos de responsabilidad extracontractual es tan clara, que sería imposible volver a citar sentencias relevantes en esta materia.

Por lo demás, parece imposible sostener en el presente una tesis contraria a su reparación dentro del contexto del ordenamiento jurídico peruano. Por lo pronto, el

marco constitucional actual favorece toda interpretación amplificadora de la tutela personal al consagrar, como primera garantía, en el artículo 2 inc. 1 por ende, todas las normas que constituyen nuestro ordenamiento jurídico. Esta es una conclusión que se impone a partir del art. 2 de la Constitución Política del Estado que consagra lo que algunos denominan el principio de legalidad constitucional (honor, integridad física, intimidad, etc.), los tribunales deban conceder la adecuada reparación de los perjuicios a que ello ha dado lugar, como una forma de garantizar la efectiva protección de tales aspectos. Y esa reparación puede comprender sin problema alguno los daños morales, puesto que el texto constitucional no lo impide en esta materia, a diferencia de otras donde ha limitado expresamente la reparación a los daños patrimoniales.

Bien podría sostenerse, al igual que se ha defendido en España por Oca Juan, que la Constitución contiene cierta *Drittwirtung* “en la calificación de un valor constitucional -en este caso el de la persona- como bien jurídico” protegido, esto supone, además, la exigencia permanente para el Derecho Civil de someter a una continua revisión la protección que concede a la persona desde que ese es un principio rector del ordenamiento jurídico”³².

Nadie puede discutir entonces, en el presente, la procedencia de la indemnización por daño moral en sede aquiliana en nuestro país. Por el contrario, su admisibilidad constituye un principio resarcitorio básico en la responsabilidad civil extracontractual, en términos tales que resulta imposible reseñar alguna decisión judicial que se aparte de esa orientación. Más aun, dadas tanto la frecuencia como la facilidad con que esta especie de perjuicio se concede, que bien puede sostenerse que ésta es una

³² Vid., en este sentido, VICENTE DOMINGO, Los daños corporales; tipología y valoración, Barcelona, 1994, pág. 26 y la bibliografía que cita al respecto.

categoría cuya jurisprudencia ha atenuado al máximo la prueba exigida al respecto, estableciendo incluso verdaderas presunciones de daño moral o un verdadero revelo de prueba, por lo demás enjuiciable, para el caso en que este rubro sea invocado por la víctima.

Se trata asimismo de una evolución susceptibles de juicios ambivalentes pues, por un lado, no ha alcanzado indudablemente ciertos grados de desarrollo logrados en derecho donde este rubro resarcitorio constituye una conquista antigua como, por vía de ejemplo, en Francia o en USA, y tales como la elaboración de un verdadero catalogo de perjuicio extrapatrimoniales comprensivos en la categoría amplia del daño moral o como la elaboración de baremos orientales para los tribunales en la tarea de evaluación.

Además las sumas concedidas habitualmente por este rubro todavía no alcanzan la entidad adquirida en esos mismos sistemas donde constituye uno de los rubros más importantes de la condena pecuniaria. Con ello no pretendemos sostener que el otorgamiento de sumas abultadas o excesivas constituya un objetivo final de la reparación por este concepto. Simplemente se pretende resaltar la lentitud de la transformación habida en este aspecto, siendo todavía muy frecuente en Perú que la vida de una persona, la lesión a su integridad física o psíquica o su honor sea “compensada” en teoría con sumas que, en la práctica, son inferiores que ni siquiera son esenciales para continuar con el desarrollo de su vida normal. Ello puede revelar una falta de conciencia acerca de la importancia y trascendencia de los derechos que se encuentran conculcados o comprometidas que no podemos sino rechazar.

Por otro lado, en cambio, puede afirmarse que ha alcanzado soluciones aun no descartadas en el Derecho extranjero, como cuando se ha decidido que la indemnización por esta especie de perjuicio no depende de la edad de la víctima o de su “capacidad para percibir la magnitud de la tragedia. De este modo, nuestra jurisprudencia ha ido resolviendo una cuestión ampliamente discutida en países más desarrollados en materia de responsabilidad civil, en particular en Francia e Inglaterra, aclarando con ello cual es el verdadero fundamento de la reparación por daño moral que descansa en la sola condición de persona de la víctima y no en su conciencia o percepción del dolor o atentado que se le causa. Se enmarca así en la tendencia doctrinaria y jurisprudencial más moderna que considera a este rubro resarcitorio como uno de los instrumentos más eficientes de protección de la persona y de sus derechos.

2.2.3 Problemas pendientes. Su solución a la luz del derecho comparado

La evolución de la responsabilidad civil en Perú en el presente siglo tiene que reconocer y elevar al rango de una de sus premisas básica la procedencia de una reparación por daño moral, lo que va a constituir ciertamente, una admirable conquista en la batalla por mejorar la tutela personal. Sin embargo, subsisten en nuestra teoría del daño moral, una serie de vacíos y de problemas cuya solución aun no es nítida. Entre ellos, nos interesas abordar, en esta oportunidad, los producidos por la ausencia de una noción exacta de esta clase de perjuicio y el de la extensión de la responsabilidad por daño moral al ámbito contractual.

La precisión del exacto contenido del daño moral es una cuestión ciertamente pendiente en nuestra jurisprudencia y doctrina, aunque en ello no hace sino

incorporarse al estado general de este problema en el Derecho comparado. En efecto, aun después de transcurridos varios años desde que el principio de reparación de este daño –al menos en el ámbito contractual- ha sido acogido, no es posible encontrar consenso en este punto. Bien podríamos incluirle, en este sentido, en esas “ideas esenciales que se resisten a la definición” que destacaba para todo orden de investigación Capitan³³.

Y es que, ciertamente, la precisión de una noción de daño moral encuentra su dificultad en la confluencia de una serie de factores que la agravan de manera importante.

Así, por lo pronto, no existe ni siquiera unanimidad terminológica para referirse a esta clase de perjuicio. La denominación más usual en la mayor parte de los sistemas como ya hemos visto tanto en el romano, Germánicos (España, Chile, Perú, Argentina, México), entre otros es la de daño moral. Siguiendo la nomenclatura francesa que opone al daño material el moral. Otros, como en Italia, le denominan daño no patrimonial, daño inmaterial en Alemania o aun daño no pecuniario (pecuniary loss) como acontece en el Common Law. Y si se trata del daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual, los adjetivos empleados son también variados: daño moral contractual, daño moral derivado de incumplimiento, daño moral derivado de contrato.

Esta diversidad terminológica no es meramente anecdótica sino tremendamente reveladora de la complejidad que presenta esta noción en cuanto supone, por esencia confrontarla con otra categoría, en principio antagónica, como es la

³³ CAPITAN, Prefacio al Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual de MAZEAUD y TUNC, t. 1. Buenos Aires, 1961. Pág. XXII.

de daños patrimoniales materiales. Esta distinción teóricamente nítida es en la práctica, bastante más oscura desde que los alcances económicos del perjuicio alcanzan mejor el efecto del daño que con el daño, mismo. Así, la pérdida de un bien o derecho no patrimonial puede producir consecuencias económicas importantes, como lo pone de manifiesto el ejemplo doctrinario clásico de la pérdida de un miembro importante de la víctima cuyas secuelas en su capacidad laboral y posibilidades de remuneración son más que evidentes. Y lo mismo puede demostrarse en el sentido inverso, esto es que los daños materiales pueden perfectamente causar pesar o aflicción como la pérdida de algún bien que trae recuerdos de familia o vivir traumatizado y humillado al no contar con el reconocimiento del padre.

Por otra parte, conviene tener presente que la precisión conceptual tiene una trascendencia no solo didáctica sino práctica, aunque con distinta intensidad en cada sistema jurídico. En efecto, resulta imprescindible en aquellos derechos que, pese a admitir ampliamente la reparación del daño patrimonial, restringen la indemnización del daño moral como sucede en Italia o en Alemania o, incluso la rechazan en ciertos casos, como sucede entre nosotros con la indemnización por causa de utilidad pública es decir solo comprende la reparación del daño extrapatrimonial efectivamente causado. En cambio, deviene menos urgente en aquellos derechos que admiten una concepción muy amplia y genérica del daño como en España, Francia o, en términos generales, en Chile. Sin embargo, aun en estos últimos tiene importancia delimitar esta noción si tenemos presente que las modalidades de apreciación de lo no patrimonial no podrán ser nunca las mismas que de lo patrimonial, por naturaleza susceptible de mayor precisión.

No es de extrañar entonces que, por todos los motivos expuestos, la variedad de concepciones doctrinales y jurisprudenciales propuestas sea absoluta, pues van desde quienes les niegan toda autonomía al daño moral incluyéndole en otras categorías de perjuicios hasta quienes los configuran como una categoría de perjuicios muy amplia y que, por ello, comprende a su vez varias subespecies.

Con todo, alguna evolución pueden percibirse en la materia, aunque con la prevención de que ella es perceptible de manera nítida, principalmente en sistemas derivados del Código Civil francés.

Así, resulta inadmisibile en el presente toda concepción que circunscriba el daño moral a las consecuencias no económicas del perjuicio patrimonial desde que, como se ha advertido, la tutela de los bienes e intereses extrapatrimoniales se justifica por sí misma. Este es precisamente uno de los grandes progresos de la evolución habida en general en materia de responsabilidad civil.

Tampoco prestan ninguna utilidad todas aquellas nociones que, afirmando la autonomía del daño moral, le definen de forma negativa, por contraposición al daño patrimonial, esto es, en síntesis, aquellas que entienden que la clase de perjuicio en estudio está constituida por todo lo que no es patrimonial³⁴.

Absolutamente superada está también aquella tesis que identifica daño moral con el *pretium doloris* o *pecunia doloris*, esto es, según las palabras de Scognamiglio,

³⁴ Era la concepción defendida por DE CUPIS para el cual “daño no patrimonial es en consecuencia con el valor negativo de su misma expresión literal. Todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial...” DE CUPIS, el daño. Teoría general de la responsabilidad civil, (trad. De Martínez Sarrion), Barcelona, 1975, pág.124.

con “los dolores, las turbaciones psíquicas que derivan del quebranto padecido”. Curiosamente, esta es la concepción mayoritariamente acuñada en nuestra jurisprudencia, como puede percibirse en las siguientes definiciones dadas por nuestros tribunales: “daño moral es el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más cercanos” o daño moral consiste en el dolor psíquico, y aun físico –en sufrimientos, en general- que se experimenta a raíz de un suceso determinado.

En efecto, sin perjuicio de reconocer la utilidad que esta noción ha representado para la teoría del daño moral, puesto que ciertamente es la sensibilidad ante el dolor ajeno que ella pone de manifiesto la que ha presionado, al menos desde un punto de vista psicológico, en favor de la concesión de algún tipo de reparación ante tal tipo de perjuicios. No obstante, ella se revela como excesivamente estricta en cuanto no permite explicar las indemnizaciones que, en concepto de perjuicio moral, se conceden ante la violación de bienes tan importantes como el honor o la intimidad personal o familiar o, más en general, de los atributos de la personalidad. Allí, en verdad, la reparación se concede porque significan un quebranto de los atributos de la personalidad que el Derecho a tutela, con independencia de que produzcan o no una repercusión psíquica en el perjudicado. En otras palabras, el solo menoscabo efectivamente acreditado de esos bienes genera el derecho a obtener una reparación por parte del perjudicado, al margen de sus consecuencias espirituales.

Frente a los efectos que presenta esta concepción – la que dio inicio a la evolución- se han propuesto una serie de otros criterios que simplemente enumeramos, por orden cronológico de aparición, pues su análisis en particular excede los límites de

un trabajo como este: daño moral como menoscabo de un derecho extrapatrimonial, como menoscabo a los bienes de la personalidad, como “modificación discaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, provocada por la lesión a un interés distinto de aquel que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial” (que constituye la concepción más desarrollada en la civilística argentina pero que, como puede percibirse, es extremadamente confusa), como una especie de daño patrimonial, etc. Y no continuamos con la enumeración, pues podríamos seguir casi indefinidamente, en efecto, frente a cada nueva tesis surge la crítica y, con ello, la necesidad de proponer una nueva, con la que la creación en esta materia es infinita.

En verdad, nuestra opinión es que ante la variedad de criterios propuestos para precisar el contenido del perjuicio, en principio opuesto al daño patrimonial, ante la diversidad de nomenclaturas empleadas para referirse a él y, después de revisados los intentos más importantes de definición propuestos desde su creación, estudio efectuado con ocasión de mi tesis de maestría, varias constataciones resultan ostensibles.

En cuanto a la nomenclatura, aunque el rigor teórico pareciera aconsejar el abandono del adjetivo “moral”, inductivo a entender tal perjuicio como de orden espiritual, su empleo habitual en las sentencias, en los comentarios doctrinales o en las propias leyes, recomienda su mantenimiento, tanto denominación universalmente conocida, a condición de que se emplee en un sentido amplio; equivalente al daño extrapatrimonial o no patrimonial.

En cuanto a su contenido, por otra parte, los esfuerzos por dar una definición absoluta del daño moral se han revelado infructuosos y aun podríamos decir que son inútiles. Por un lado, porque la tendencia más acusada del Derecho contemporáneo es la de reparar todo dolor, incluso hasta la exageración, de suerte que una delimitación estricta resulta difícil. Por otro, porque en verdad se trata de una noción esencialmente relativa, en estricta dependencia con el nivel de tutela jurídica que se estima indispensable conceder a la persona. Bien puede resumirse esta idea en la premisa de que a mayor conciencia social de esa protección, mayor número de hipótesis serán consideradas como de daño moral.

Por lo mismo, su definición ha de ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño a la persona en sí misma –física o psíquica- como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales, esto es como todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente.

2.3 Posiciones Doctrinales en relación al resarcimiento del daño moral.

2.3.1 Debate en la doctrina.

La doctrina se bifurca entre quienes se inclinan por la admisión o por la prohibición de la reparación del daño causado en el seno familiar.

En una primera instancia, se consideraba al derecho de daños como un área ajena al derecho de familia. El fundamento se apoyaba en la protección de la estructura

familiar, la cual podía resultar vulnerada ante la exteriorización de daños producidos entre sus integrantes en el mundo íntimo. Entre sus defensores se destacan Borda y Lambias.

En cambio, los partidarios de admitir la responsabilidad civil en las relaciones de familia tienen en consideración las características de la familia actual, dentro de la cual sus miembros se relacionan en un plano de libertad e igualdad y, bajo el respeto de dos valores fundamentales, el amor y la humanidad. En consecuencia, no es válido impedir la reparación del daño injusto causado a cualquiera de sus miembros, con fundamento en la protección de la integridad familiar. Entre los juristas defensores de esta postura, se encuentran Zannoni, Méndez Costa, Belluscio, Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci, Alterini, López Cabana, Brebbia, Barbero.

Siguiendo a *Mosset Iturraspe*³⁵, se advierte la presencia de una doctrina intermedia que considera viable responder, cuando el daño injusto reconoce como factores el dolo o la culpa grave. Esta tesis se encuentra contenida en el Proyecto de Reforma del Código Civil Argentino del año 1998 en su artículo 1686: *“Casos en los que se exige dolo o culpa grave. Artículo 1686 – Aplicación: Sin perjuicio de disposiciones especiales en los siguientes casos sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave: a) Si el daño, en los casos en que está justificado, se produce en el ámbito de las relaciones familiares...”*. Por su parte el artículo 1604, del Proyecto aclara: *“La falta extrema de diligencia configura culpa grave, que es asimilada al dolo”*.

³⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge: “Los factores subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad en las relaciones de familia”, en Revista de Derechos de Daños –Daños en las relaciones de familia, 2001-2, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, p.11

Por nuestra parte, nos inclinamos por admitir la reparación del daño en el Derecho de Familia con el fin de resguardar y respetar los derechos de cada miembro de la familia. Sin embargo, la aplicación de los principios generales de responsabilidad civil debe guardar armonía con el ordenamiento jurídico familiar. Así, será posible arribar a soluciones respetuosas del interés individual de la persona afectada y, al mismo tiempo, del interés familiar.

Existen criterios adversos en relación a que los daños morales sean o no resarcibles con repercusión patrimonial. Es decir recae esta adversidad en la valoración patrimonial, existiendo dos modalidades lo que tienen referencia en el orden material y lo que no la tienen. En el grupo que aceptan los primeros, admiten la posibilidad de que al tener trascendencia en el patrimonio de la persona afectada, el daño moral puede ser indemnizado, la dificultad de su admisión es en el caso que el daño sea psíquico, sin repercusiones patrimoniales, si puede o no valorarse monetariamente el dolor causado. Incluso se discute si es ajustado a derecho, proceder a la reparación del daño moral dinerariamente, sin que ello contravenga la naturaleza jurídica de los derechos personalísimos.

Al estudiar el tema del daño moral se analiza la indemnización del daño moral según el Derecho Privado Europeo, y en tal sentido apunta la doctrina que la reparación pecuniaria o la indemnización en dinero por daños extrapatrimoniales no harán desaparecer los sufrimientos, aunque se debe consentir que tales sentimientos pueden mitigarse con la satisfacción a la víctima de los perjuicios recibidos. Las actuales sentencias sobre daños extramatrimoniales alegados en tribunales europeos contemplan la satisfacción psicológica que recibe la víctima al pronunciarse la sentencia de indemnización de daños morales, el llamado " efecto psicológico. Alude a esa

tranquilidad espiritual que se manifiesta en aquella y que, en el caso de una imputación injuriosa o calumniosa, reviste a veces la forma de una indemnización meramente simbólica.

Se plantea que para que la indemnización en dinero pueda otorgarse por equivalencia debe siempre estar en presencia de situaciones que al menos, sean homologables al dinero, cantidades homogéneas que por otro lado puedan compararse. En los daños morales esto no ocurre o es muy difícil que suceda.

A pesar del reconocimiento legislativo, doctrinal y jurisdiccional en España, existen autores reacios a su admisión, GAYOSO ARIAS³⁶ resume perfectamente los perjuicios doctrinales de la época al reconocimiento del daño moral independiente a cualquier otro, porque la reparación es imposible y ad imposibilian tenetur.

Se considera por Martín Casals que la única indemnización posible en materia de daños morales es la de displacing compensation. Lo que el dinero puede hacer y, en realidad es su única función en la indemnización por daños morales, es ofrecer unos bienes de diferentes características que respondan a unos deseos totalmente diferentes y que proporcionen diferentes satisfacciones. Debe servir de medio para posibilitar al dañado perseguir otros fines que le dejen en una situación que, aunque sea diferente sea favorable.

³⁶ GAYOSO ARIAS, “La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y positivo”, en Revista de Derecho Privado, 1918, p, 234 y ss.

Resulta difícil pensar que el dinero pueda servir para el restablecimiento de bienes personalísimos. Existiendo dos teorías en este punto: la teoría del solatium y la teoría de la superación.

2.3.2 Teoría del solatium

Para esta teoría de origen alemán, una indemnización patrimonial por daños morales hace posible la satisfacción de intereses y aspiraciones personales. Se compensa entonces el daño moral producido porque, pues si bien se ha producido una pérdida irreparable, se coloca a la víctima en una situación patrimonial mejorada que posibilita mayores satisfacciones que, de alguna manera, compensen las sensaciones desagradables sufridas.

La indemnización por daño moral se realiza de acuerdo con los daños que se deben compensar. Se toma en cuenta el alcance de los daños, así como su intensidad, la duración de los dolores, los sufrimientos y los perjuicios. Es esta la tesis que se sigue en **Francia, Italia y España.**

Las principales dificultades de esta teoría se presentan en aquellos casos de daños morales especialmente difíciles de ponderar. Nos referimos a los perjuicios muy grave, en los que claramente es imposible compensar el dolor inmenso y devolver la alegría o paz producto de una pérdida insustituible.

Se critica esta tesis debido a que se engrosa el patrimonio y esta situación es especialmente sensible si las condiciones de la víctima son muy precarias, la suma de dinero puede llegar a una compensación excesiva, un verdadero enriquecimiento sin causa.

2.3.3. Teoría de la superación

Esta teoría de raíz alemán, asumida por la jurisprudencia del citado país y de amplio influjo en la legislación de Austria, supone una activa participación en la compensación de la víctima del daño. Es esa quien debe superar el daño moral sufrido. La compensación en dinero es una indemnización que solo ayuda a superar el daño moral irrogado, no es el pago por una reacción subjetiva a un sentimiento desagradable.

De acuerdo a la legislación de Austria sobre indemnización por daños, esta es siempre compensatoria, incluso para casos extrapatrimoniales o morales. Los daños por dolor o menoscabo al momento de ser indemnizados cumplen con la función de compensación ya que, en el otorgamiento de la indemnización, la intención es cubrir toda el área de dolor y sufrimiento, al menos tanto sea posible. Se pretende alejar del raciocinio de sentenciador el sentimiento de culpa de la víctima y colocar, por ello, a la misma en una situación de amenidad o satisfacción que le procure un estado semejante al anterior hecho dañoso y que signifique recuperar la alegría de vivir.

Se analiza respecto a esta teoría que resulta imposible abstraerse de la gran dificultad que reviste mensurar el sufrimiento físico y psicológico del que sufre un daño, por lo que la compensación debe enfocarse en relación a una situación emocional normal. Se analiza su concreta situación personal, pero tratando de asimilarse a la de un hombre medio en semejante situación.

Es nuestro criterio que el basamento de estas teorías surge de la real necesidad de proteger a la persona al máximo. En este sentido, para su justificación se admite el interés no en la reparación, la cual en algunos casos es imposible, sino en la idea de la compensación. La indemnización de los daños morales no se entiende como una verdadera reparación puesto que no es posible ni su reparación específica ni genérica, pero se entiende que antes de dejar sin nada al lesionado, es preferible concederle un sustitutivo, una suma dineraria, de lo que se colige la aceptación prácticamente de forma unánime de la indemnización con relación a este tipo de daño como una compensación.

El pago de una indemnización pecuniaria, según algunos autores, ofrece el carácter de un enriquecimiento gratuito en el patrimonio de la víctima, aunque el dinero pudiera procurar una satisfacción sustitutoria. Cuando se trate de un daño moral, los tribunales tanto al objeto de admitir o rehusar su existencia, como de valorar su cuantía, gozan de un poder de apreciación más amplio que si se trata de un daño material. Este tiene aplicación natural allí donde se lesiona uno de los derechos denominados primordiales: Derecho al nombre, a la propia imagen, al honor y a la intimidad.

Las referidas son algunas de las consideraciones emitidas en la doctrina sobre las teorías expresadas. Como hemos visto existe diferentes posiciones en la doctrina civilista, en relación a la procedencia pecuniaria en el daño moral. Consideramos oportuno apuntar resumidamente sus fundamentos.

Como apreciamos se perfilan dos posiciones negativas, una que niega la posibilidad de reparación, y dentro de ella pueden agruparse distintas variantes:

- Los que se oponen por motivos estrictamente económicos y de arbitrariedad. (señalan que no existe equivalencia entre el bien dañado y la entrega de una suma de dinero, y por tanto la entrega de una suma dineraria necesariamente ha de ser arbitraria).
- Los que aducen cuestionamientos morales. (Platean que no es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real).
- los que parten de la duración y efectos subsiguientes del daño. (plantea que la durabilidad no se presenta en el caso del daño moral)
- Los que aprecian en la entrega de la suma de dinero por concepto de daño moral un supuesto de enriquecimiento indebido. (Parte el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otra injustamente).

Y otra que atribuye a la indemnización pecuniaria la función de una pena privada. Los partidarios de esta postura parten más que de la satisfacción de la víctima, del castigo al autor, lo ven no como un resarcimiento a la víctima, sino como una pena civil mediante la que se reprueba ejemplarmente la falta cometida.

Para la defensa de la tenencia moderna respecto a la procedencia de la reparación dineraria del daño moral en protección a los derechos inherentes a la personalidad, puede contemplarse de diferentes aristas, a saber:

- La función del dinero en estos casos no es hacer desaparecer el daño, sino procurar al lesionado otros goces, o sea compensar.

- Apreciación de los juzgadores respecto a si el resarcimiento reclamado se encuentra en relación directa con el agravio sufrido y adecuar, en su caso, el monto de la indemnización.
- El pago de una suma de dinero, en concepto de indemnización satisface tanto necesidades materiales como espirituales.
- El dinero cumple una función distinta de la equivalente, cumple una función de compensación o de satisfacción.
- Si bien la violación que causa el daño puede determinarse puntualmente, sus efectos pueden extenderse en el tiempo.
- Aceptar que existe enriquecimiento sin causa en el resarcimiento del daño moral, llevaría ante todo a negar la propia existencia de los derechos de la personalidad, siendo en definitiva un bien jurídico tutelado por el derecho civil.
- El derecho de daño se centra en la figura del perjudicado y no en la del causante del daño, entender lo contrario sería una regresión en el derecho.

Y por motivos de claridad nos parece apropiado realizar un cuadro comparativo de los motivos dados por quienes admiten la posibilidad de otorgar indemnización por daño extrapatrimonial por la falta de reconocimiento de hijo y quienes no lo hacen, señalando que los últimos argumentos de los partidarios de la tesis han sido desarrollados por el Juez de la Corte Suprema de Buenos Aires doctor Petiggiani, en posición hasta ahora minoritaria.

a. TESIS NEGATIVA

- El reconocimiento es un acto voluntario, no obligatorio, y si no ejercicio no puede generar obligación de reparar.

- El no reconocimiento no se trata de un hecho irreversible, ya que volviendo al progenitor sobre su actitud, puede llegar a establecerse un vínculo perdurable con respecto a su hijo, que el Derecho debe alentar y de ningún modo clausurar, teniendo en cuenta el interés familiar como el del propio menor.
- La falta de reconocimiento ya tiene en la pérdida del derecho del usufructo de los bienes del hijo y en la indignidad
- La aplicación de las normas de la responsabilidad civil podría dar origen a una catarata de juicios
- Existe específica regulación del Derecho de familia.
- Sus sostenedores entienden que las personas sin discernimiento carecen de legitimación para reclamar el daño moral porque sostienen que no pueden sentir dolor ni aflicción y, por lo tanto, consideran que no se debe reparar el dolor de quien no puede sentirlo.
- Orgaz afirma la imposibilidad de indemnizar a los niños y a los dementes el daño moral pues, a su juicio, ni los unos ni los otros perciben las penurias de este tipo³⁷

b. TESIS POSITIVA

- El reconocimiento, si bien es un acto discrecional, no puede ser realizado arbitrariamente.
- El niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación, y para tenerla debe ser reconocido.
- No existe interés del niño a ser dañado ni existe familia alguna entre el no reconociente, la madre y el hijo no reconocido.

³⁷ ORGAZ, El daño resarcible eit., ps. 217/239 y 241.

- La indemnización tiene una función reparadora que no se logra con la pérdida del derecho al usufructo de los bienes de los hijos menores (generalmente inexistentes) ni con la indignidad, que no procede de oficio, requiere petición de parte y puede ser purgada por el transcurso de tres años.
- La especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del Derecho ni impide la aplicación de los principios generales del Derecho. Los precedentes son pocos.
- Sus partidarios parten de poner de relevancia que el incapaz es titular de derechos o intereses extrapatrimoniales y que la violación de ese interés debe ser reparada.
- Zannoni explica que “la indemnización del daño moral es satisfactiva de un interés extrapatrimonial que ha sufrido afrenta, y que la sufre el menor de escasa edad, y el demente, en igual medida que un mayor de edad o un cuerdo. El resarcimiento en estos casos, no debe considerarse como un modo de sentir el agravio, sino como resarcimiento objetivo a un bien jurídico que también se atribuye a los incapaces³⁸.
- Por su parte, Pizarro aclara que “La falta de comprensión del dolor propio y de su origen, en modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia, ni su carácter lógicamente negativo; el dolo, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizarse, mas no hacen a su esencia

³⁸ ZANNONI, Daniel, Daño moral causado a personas sin discernimiento, en J.A. 1996-III-7.

- “El desvalor subjetivo que se produce en la persona está más allá de lo que siente; se proyecta sobre su espiritualidad, quebrantando su incolumidad y cercenando, frecuentemente, sus posibilidades intelectuales”³⁹.
- Aclara Mosset Iturraspe que “el sufrimiento físico y psíquico acompaña a todas las personas, aun a los niños de corta edad y a los ancianos que padecen de “reblandecimiento cerebral”, aun a los privados de razón en forma permanente o transitoria. Así como se afirma que mantienen la “suitas” o “mismidad” –que son ellos pese a todo-, que sus derechos son propios y reflejen de algún modo su personalidad, creemos que debe admitirse la posibilidad de padecer en sus estados de espíritu, aunque confundidos, aturdidos o debilitados”⁴⁰

Dentro de las tesis afirmativas se distinguen:

b.1 Tesis de la sanción: hay quienes estiman que la reparación del daño moral constituiría una pena, es decir que sería una sanción al ofensor. Esta posición parte de estimar que los derechos así lesionados tendrían una naturaleza ideal no susceptible de valoración pecuniaria por eso no son resarcibles. Lo que se tiene en cuenta aquí es el castigo del ofensor, los daños e intereses no tendrían un carácter resarcitorio.

b.2 Tesis del resarcimiento: Otra parte, la gran mayoría de los autores consideran que la reparación sería un verdadero resarcimiento. Entiende que el daño moral es resarcible y que el responsable debe su indemnización como consecuencia del daño

³⁹ PIZARRO, Daniel, Daño moral causado a personas sin discernimiento, en J.A. 1996-III-7.

⁴⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Daño moral causado a personas privadas de conciencia o razón. Los Padres como damnificados indirectos, en J.A. 1992.IV-559.

inferido, de modo que la víctima procure satisfacciones semejantes en intensidad al sufrimiento recibido.

b.3 Tesis mixta: propugna que la indemnización cumpliría una doble función; el carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se atribuye. La reparación cumpliría una función de justicia correctiva que conjuga a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima y la naturaleza punitiva o sancionatoria de la reparación para el agente del daño.

Al analizar estas tendencias en el derecho comparado, no podemos dejar de mencionar la jurisprudencia española, notándose en ella, una evolución con respecto a la indemnización de los daños morales, quedando en criterio prudencial de los juzgadores la determinación de la cuantía de los daños, partiendo de criterios tales como: las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión efectivamente producida, la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. El criterio de la medida del daño que ha de resarcirse lo da el nexo causal entre el acto ilícito y el daño, sus circunstancias, la gravedad de la lesión, difusión, o audiencia del medio en que se haya producido y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Existiendo en el ordenamiento español la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor y el Código Penal en su artículo 113, la ley de propiedad intelectual en su artículo 133 y siguiente prevén la indemnización de perjuicios materiales y su extensión a los morales.

Existen otros textos en Alemania, artículo 253, BGB, Suiza, artículo 47, del Código de las Obligaciones, que reconocen el resarcimiento el daño moral, así también el Código Civil Italiano, Brasileño, Peruano este último en su artículo 1322 expresa: El daño moral ,cuando se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Nos damos cuenta que uno de los problemas tratados por la doctrina actual es poder establecer cuáles serían los daños resarcibles en el ámbito no patrimonial y como encuadraría su reparación.

La reparación del daño ha tenido una evolución importante a través del tiempo. Algunos juristas negaron la reparación del daño, argumentando primero que el daño extrapatrimonial es inconmensurable, es decir, no puede ser medido; lo que en cierto modo es real, pero no óbice para su admisión , aunque difícil valuación, legítima reparación.

En segundo lugar no podría ser compensado, pues el equivalente al dolor es otro dolor. Si bien el dinero no equivale al dolor inferido tiene carácter satisfactorio para que la víctima pueda paliar el sufrimiento.

Por último, el argumento de que no se puede poner precio al dolor, situación evidentemente inmoral: el dolor no puede ser fuente de lucro.

La cuestión radica en determinar cuál es el hecho o conducta antijurídica que obligue a reparar por el no reconocimiento del hijo.

Sin lugar a dudas esta posición hace exigir de los juzgadores, una actuación de estricta racionalidad, llamados siempre a la atención de los principios de la razón y la lógica.

2.4 El daño moral en América Latina

Código Civil del Estado Jalisco, México, recoge en sus artículos 1391 a 1394, la reparación del daño moral. El artículo 1391 establece: que la violación de cualquiera de los derechos de la personalidad produce el daño moral, que es independiente del daño material. El responsable el mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización pecuniaria.

El artículo 1393 establece: las bases para la indemnización. Esta indemnización será determinada por el juez competente, quien tomará en cuenta las siguientes circunstancias: I. La naturaleza del daño. II. Los derechos lesionados. III. El grado de responsabilidad. IV. La situación pecuniaria o el nivel de vida del responsable. V. El grado de repercusión de los daños causados, y VI. Los usos y costumbres del lugar donde se causó el daño.

Y el artículo 1394 recoge para el caso de una lesión al honor de la persona, debido a una publicación en un medio masivo, la obligación de publicar un extracto de la sentencia en la que se haya condenado al responsable a la reparación del daño.

El Código Civil para el Estado de Tabasco, México, expone en su artículo 2058 "...El responsable del daño al que se refiere el artículo 2051, tendrá la obligación

de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material...

Hasta aquí hemos querido ilustrar como se regula la figura del daño moral en otras legislaciones, evidenciándose la tendencia mayoritaria a reparar el daño moral pecuniariamente.

En el código civil venezolano se recoge en su artículo 1.196 que "... la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral, causado por el acto ilícito. El juez puede especialmente acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada..."

Nos damos cuenta que uno de los problemas tratados por la doctrina actual es poder establecer cuáles serían los daños resarcibles en el ámbito no patrimonial.

Buena prueba de ello lo dan las más modernas constituciones políticas que han venido a explicar, al lado de las clásicas libertades públicas o políticas con que se conformaron las constituciones del siglo pasado, las manifestaciones interiores de la persona.

Así a título de ejemplo, los contemplan, la Constitución de Portugal de 1976 en sus artículos 26, 33, 34 y 35, la Constitución de España de 1978 en sus artículos 15, 18, y la ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 en su artículo 2. Los llamados derechos de la personalidad constituyen el punto de partida para comprender adecuadamente la problemática derivada de la exigencia de la

responsabilidad civil por daño moral. Bajo esta denominación se viene designando en la doctrina jurídica a una amplia y heterogénea serie de prerrogativas y poderes que garantizan a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, o dicho de otro modo que aseguran al individuo el respeto a su personalidad física y moral, consideración definida por el reconocido jurista español DIEZ-PICAZO Y GULLÓN.

En nuestra Constitución no se recoge todos los derechos inherentes a la personalidad, sin que exista pronunciamiento expreso y exacto sobre estos derechos, de todas formas claro es que el hecho de no estar expresamente como tal consagrados de forma amplia en el [texto](#) constitucional, no pueden entenderse desprotegidos.

Daño moral en el ordenamiento cubano El artículo 38 del Código Civil establece: La violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución, que afecten al patrimonio o al honor de su titular, confiere a titular o a sus causahabientes la facultad de exigir:

- a. El cese inmediato de la violación o la eliminación de ser posible,
- b. La retractación por parte del ofensor,
- c. La reparación de los daños y perjuicios causados ”.

Se alberga para algunos la posibilidad de reparación monetaria del daño moral, en el expresado artículo, pero sin embargo no consta desarrollado este principio posteriormente, ignorando la ley civil la posibilidad de resarcir pecuniariamente el daño moral en los artículos reguladores de la responsabilidad civil jurídica. Véase el artículo 88 del mencionado cuerpo legal, donde se regula la forma en que puede hacerse efectiva la satisfacción del daño moral, en este caso, a través de la retractación del ofensor. Sin que se desarrolle otro elemento o argumento en relación a esta figura jurídica, que de

forma dispositiva encuadre su contenido. No se determina incluso, que se entiende por daño moral. En el orden procesal no precisa la norma rituarial civil por cual proceso debe encausarse la demanda sobre reparación de daño moral, en todo caso el artículo 223 de la ley procesal, deja espacio para aquellos casos donde la ley no establezca procedimiento. Correspondiendo a la competencia de la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial, conforme al artículo 6.6 de la propia ley. Aunque más factible sería un proceso sumario por su brevedad.

Empero, no existe en la práctica judicial, al menos en el estudio que hemos efectuado de la jurisprudencia cubana ninguna resolución judicial en materia civil, donde se pronuncie tal reparación, no siendo fundado en petición en las demandas sobre responsabilidad jurídica civil. Y de sustanciarse, entendemos, quedaría a libre albedrío de la autoridad sobre la que recaería la decisión de condena, potenciar en su instrumento resolutorio la forma de hacer efectiva la misma.

Otro fundamento legal relacionado con el daño moral, lo constituye el artículo 70.2 del Código Penal en el que se dispone: "...en caso de que el sancionado por el delito se le haya impuesto la obligación civil de satisfacer al perjudicado por el daño moral, y se niegue a su cumplimiento podrá imponérsele una sanción de prisión subsidiaria que no sea inferior a tres meses, ni excederse de seis meses, la cual puede quedar extinguida en cualquier momento, siempre que el obligado cumpla su obligación, archivándose las actuaciones.

Esta disposición entra en polémica, pues para algunos juristas resulta justa su aplicación, partiendo de la consideración de que el derecho penal debe contribuir a restablecer el orden quebrantado, y lograr el cumplimiento de una sentencia, otros no lo

consideran así y parten de la observancia necesaria del principio de proporcionalidad de pena y argumentan otras formas de lograr la ejecución de la sentencia.

En correspondencia con nuestro ordenamiento jurídico corresponde también al tribunal que conoce del proceso penal, la ejecución directa de la reparación del daño moral, el cual consiste en dar una satisfacción pública a la víctima del delito. El hecho de dar satisfacción pública a la víctima está fundamentado en el propósito de tratar de rehabilitarlo socialmente, limitándose nuestra legislación a expresar que la misma debe ser pública pero no da más detalles de su ejecución, por lo que se deja a la libertad del tribunal, según cada caso.

Correspondiendo al fiscal llevar la acción para la reparación del daño moral conjuntamente con la penal, conforme establece la Ley de Procedimiento Penal, sin embargo no encontramos sentencias que se pronuncien, respecto a la responsabilidad civil por daño moral. Y nos preguntamos: ¿dicha falta obedece a la inexistencia de los daños morales?, la respuesta obviamente es negativa, predominando el desconocimiento y la incertidumbre que conlleva a la abstención del asunto.

Consideramos que es beneficio para nuestra sociedad no solamente contar con figuras penales que sancionen conductas que laceren los derechos de la personalidad, sino además garantizar una real reparación del daño moral, pues los derechos de la personalidad debe ser una institución civil puesta a disposición de la persona para hacer valer su dignidad, reconociendo a esta, como uno de los bienes más preciados.

Durante el desarrollo del trabajo abordamos las posiciones doctrinales en relación a la reparación del daño moral, y si bien, entendemos que nuestro Código Civil fue demasiado limitado al reconocer solamente la retractación del ofensor como única

forma de reparar el daño moral, sin que por demás se apropie de elementos que permitan con meridiana certeza en tender su alcance y contenido, a dicha posibilidad no debe nunca renunciarse, si no buscar las formas de hacerla efectiva, en garantía al respeto de la dignidad humana. Sin olvidar tampoco la posibilidad de una indemnización pecuniaria apreciable por el órgano judicial acorde a los principios de la razón y la lógica, atendiendo a las circunstancias del menoscabo sufrido.

Retomemos a Puig Peña...” Pero, de todas formas, cabe sostener siempre que si bien es imposible valorar el dolor moral, ello no tiene la fuerza de una imposibilidad absoluta, pues no se debe impedir el otorgamiento de una cantidad a la víctima como medio de atenuar o mitigar el dolor, que en cierto sentido puede actuar de compensación a los sufrimientos”.

2.2.2 MARCO TEORICO PROPIAMENTE DICHO

2.1.1.1 Alterum non laedere

Los antiguos romanos, que fueron gente muy sabia y muy práctica, sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas, a los que el derecho podría reducirse como mínima expresión y no obstante ser suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro. Para

los romanos a partir de esos principios se podía ante cualquier situación saber como comportarse en relación con los demás.

El principio del *alterum non laedere* es, como la noción misma de derecho, inseparable de la de alteridad, es decir en relación a otro, o lo que es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos, o como veremos más adelante cuando la víctima ha sido culpable del daño. Por eso Ricardo de Ángel Yáguez comienza su libro sobre el tema diciendo que “el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”⁴¹. El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona⁴². La obligación de reparar el daño ha sido considerada por los autores como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal.

Podemos entonces resumir diciendo que el principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño

⁴¹ ANGEL YÁGUEZ, Ricardo, La responsabilidad civil, 2ª edic. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 121

⁴² De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, la segunda acepción de responsabilidad es “deuda u obligación de reparar y satisfacer, por si o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa p de otra causa legal” a su vez la primera acepción de responsable no puede ser más ilustrativa: “obligado a responder de alguna cosa o por alguna persona”.

causado, o como dice De Cupis una reacción del derecho para facilitar la represión del daño⁴³. Debemos aclarar sin embargo que no siempre que se causa un daño se responde. De todos modos las excepciones a la indemnizabilidad del daño, debido al progreso jurídico y muy en especial de esta materia, cada vez son menores, porque se considera inconveniente que la víctima no sea compensada de algún modo.

2.1.1.2 Fundamentos de la obligación de responder

Ahora bien, ¿por qué se debe responder cuando se causa un daño? La explicación tradicional del fundamento de la responsabilidad civil, la basan los autores “en el *principio de justicia* que impone la necesidad de restablecer el estado anterior a la lesión causada injustamente”, o en que “la sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental *exigencia ética...*”, afirmaciones que se podría considerar correctas no pudiéndose discutir su acierto dada su obviedad.

Sin embargo, si bien es justo y ético indemnizar cuando se causa un daño, esas fundamentaciones siempre nos parecieron insuficientes. Por ello hemos buscado además los fundamentos filosóficos y económicos de la responsabilidad civil los que exponemos a continuación.

2.1.1.2.a. Fundamentos filosóficos

La mayoría de los autores no suelen interesarse por los fundamentos filosóficos de la responsabilidad civil. Sin embargo es claro que la justicia conmutativa

⁴³ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría General de la responsabilidad civil, Traducción de Ángel Martínez Sarrion, Bosch Barcelona, 1970, p. 82.

y la distributiva dan sólido basamento a la obligación de indemnizar, sobre todo porque en el siglo XXI ya se encuentra totalmente afianzada la responsabilidad sin necesidad de demostración de culpa, también llamada objetiva. La cuestión ha motivado gran preocupación en los juristas del *common law*. Así por ejemplo para el profesor del Chicago-Kent College of Law, Richard Wright dos son las grandes teorías monistas que inspiran al derecho de daños. Una la teoría utilitaria, derivada principalmente de las enseñanzas de Jeremías Bentham y Stuart Mill, para quienes la norma principal de maximizar el bienestar social agregado (*aggregate social welfare*) se aplica al derecho de daños imponiéndole como fin la eficiente compensación y disuasión (*compensation and deterrence*). Para los utilitaristas el bienestar individual puede y debe ser sacrificado cuando haciéndolo se produzca una suma total de más alto bienestar agregado. El claro ejemplo de estas teorías lo encontramos en las limitaciones de responsabilidad para ciertas actividades sumamente riesgosas, p. ej. Navegación aeronáutica, en las que se realiza un cálculo según el cual quienes sufran daños por estas actividades deben percibir una indemnización no integral. De no ser así esas actividades directamente pueden no desarrollarse y esto trae aún mayores inconvenientes que la indemnización no integral. En estos casos la merma de indemnización que sufren estas personas se justifica solamente por la suma de bienestar general que se produce por los beneficios del desarrollo de estas actividades. Funciona en estos casos la responsabilidad civil como un instrumento de redistribución de riqueza, como un seguro. La otra gran teoría para Wright es la teoría aristotélica kantiana del derecho o la justicia, que se basa en la igual libertad de todos los hombres. Para esta teoría el derecho de daños tiene como fin no una eficiente compensación, sino una “justa” compensación y disuasión (*just compensation and deterrence*). Para Kant la doctrina del derecho (*doctrine of Right*) enfoca hacia el aspecto externo del ejercicio de la libertad y tiene

como principio a la máxima “actúa externamente de manera que el uso de tu libertad coexista con la libertad de todos en concordancia con una ley universal”⁴⁴. Esta doctrina es la que da sustento a que ciertas obligaciones morales son también obligaciones legales cuyo cumplimiento puede ser obtenido coactivamente.

La concepción de Aristóteles al igual que la de Kant es igualitaria y basada en la igualdad absoluta de la dignidad de todos los hombres por el solo hecho de ser seres racionales libres. Aristóteles es el creador de las expresiones conmutativa o correctiva y distributiva para designar a los dos tipos de justicia. Esta distinción fue desarrollada con más refinamiento por los primeros pensadores de la Iglesia, conocidos como la patrística hasta llegar a Santo Tomás de Aquino. La justicia distributiva para Aristóteles tiene que ver con la interacción de los individuos y el estado, y se basa en la sola condición de la persona como integrante de la comunidad, abarcando potencialmente a todos los individuos. Los recursos o bienes existentes en la comunidad deben ser distribuidos de manera igualitaria en proporción al mérito o a las necesidades. Se relaciona la justicia distributiva con un aspecto positivo a tener acceso a esos recursos.

En materia de daños esto tiene numerosas aplicaciones, por ejemplo quien causa un daño por incurrir en actividades riesgosas pero socialmente útiles, debe responder de los daños que causa aunque no se demuestre su culpa (responsabilidad objetiva). Es este tipo de justicia el fundamento también de la responsabilidad por el hecho de otro, conocida en el *common law* como *respondeat superior* o *vicarious liability*. La justicia conmutativa o correctiva, en cambio tiene que ver con la

⁴⁴ WRIGHT, Richard W, “Rigth, Justice and Tort Law”, publicado en *Moral Foundations of the law of Torts*, Oxford University Press, 1995.

interacción entre individuos y sin tener en cuenta su posición relativa en la sociedad, méritos, riqueza o poder. Si una persona afecta o amenaza los recursos de otra a través de una acción que es incompatible con el principio de la absoluta e igual libertad, la segunda tiene derecho a un reclamo contra la otra. Al revés de la justicia distributiva, la justicia conmutativa se relaciona con un aspecto negativo que da derecho al individuo a que nadie interfiera en sus derechos. Este tipo de justicia se corresponde claramente con la función compensatoria. El punto donde ambas clases de justicia convergen al igual que en la teoría kantiana es que todas parten de la absoluta igualdad y libertad de los hombres. La igualdad, como la libertad es uno de los principios rectores del derecho privado.

2.1.12. b. Fundamentos económicos

Otra respuesta complementaria al porqué de la obligación de indemnizar lo hemos encontrado en el análisis económico del derecho, corriente de pensamiento nacida en Estados Unidos e Inglaterra, extendida ahora por todo el mundo y que sostiene que es posible analizar las reglas jurídicas en consonancia con las económicas, y demostrar en la mayoría de los casos su eficiencia económica y en los casos en que esto no sucede, proponer su reformulación. El análisis económico del derecho parte de la base de que el individuo es un ser racional, pero que esa racionalidad la aplica al ámbito económico y guía sus pasos en la asignación de recursos. En ese sentido la hipótesis de que se parte es conocida como individualismo metodológico, definido como “la suposición de que todos los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de las veces egoístamente y que proceden racionalmente para la consecución de su objetivo”. Además el daño es visto como un costo que alguien debe asumir, y según

cuál sea esa regla, quien lo soportará será la víctima, el victimario, ambos si hay culpa concurrente, o un tercero. Cuando este costo que significa el daño no es soportado por el causante, los partidarios de esta escuela hablan de una *externalización*, es decir, que el daño es transferido a otro patrimonio, como sucede cuando una empresa contamina el medio ambiente en el que los costos de contaminación, al ser difusos y no reclamados por las víctimas no entran dentro del cálculo de costos. Cuando el daño es indemnizado, el costo se *internaliza*, es decir es asumido por quien causa el daño. La responsabilidad civil puede ser una herramienta –no la única ni necesariamente la mejor– para corregir este tipo de situaciones. Como vemos en un caso el dañador toma algo que no le corresponde sin pagar lo que vale (externalización), y en el otro caso debe hacerlo (internalización). ¿Cuál es la diferencia? El análisis económico del derecho parte de la base que la situación óptima es la que se produce cuando las partes negocian privadamente entre sí y que cuando menos costos y trabas legales existan la negociación arrojará resultados óptimos. La diferencia es que se señalan como antecedentes del análisis económico del derecho a las obras del penalista italiano Beccaria y del filósofo inglés Bentham, pero lo cierto es que los antecedentes más próximos datan de los años 60 cuando Ronald Coase publica su famoso teorema en *The problem of social cost*, Gary Becker su artículo *Crime and punishment: an economic approach*; Guido Calabresi, *The cost of accidents*, y más tarde Richard Posner, *The economic analysis of law*. Tanto Coase como Becker recibieron el reconocimiento de la academia sueca con el premio nobel. Una definición muy simple de racionalidad la brinda Posner cuando dice que consiste en “elegir los mejores medios para conseguir los propios objetivos buscados”⁴⁵.

⁴⁵ POSNER, Richard “Rational choice, behavioral economics and the law” en *Stanford law review*, vol.50 pag.1551.

Esto es lo que descubrió Ronald Coase, premio Nobel 1991, autor del famoso teorema que lleva su nombre según el cual cuando los costos de transacción (de negociación, identificación del responsable, costos judiciales, dificultad de estimar el valor de cosas o cuando se produce un daño las partes pudiendo, al menos muy teóricamente, haber negociado su costo de antemano no lo hicieron, debe entonces recurrirse a una ficción de lo que hubiera sido la transacción en el mercado. Corresponde entonces al Juez al valorar el daño calcular por cuanto hubiera estado una persona dispuesta a desprenderse de tal bien, sea material o inmaterial. Es el mismo sistema que tenemos visto desde otro ángulo.

2.1.1.3 Naturaleza y fundamento de la responsabilidad paterna ante la falta de reconocimiento voluntario: aplicación de los presupuestos generales de responsabilidad civil

Uno de los problemas tratados por la doctrina actual es poder establecer cuáles serían los daños resarcibles en el ámbito no patrimonial.

Al analizar el daño moral, ingresaríamos a uno de los problemas que encuadra como es su reparación. La reparación del daño ha tenido una evolución importante a través del tiempo. Algunos juristas negaron la reparación del daño, argumentando primero que el daño extrapatrimonial es inconmensurable, es decir, no puede ser medido; lo que en cierto modo es real, pero no óbice para su admisión, aunque difícil valuación, legítima reparación.

En segundo lugar no podría ser compensado, pues el equivalente al dolor es otro dolor. Si bien el dinero no equivale al dolor inferido tiene carácter satisfactorio para que la víctima pueda paliar el sufrimiento.

Por último, el argumento de que no se puede poner precio al dolor, situación evidentemente inmoral: el dolor no puede ser fuente de lucro.

Dentro de las tesis afirmativas se distinguen:

La cuestión radica en determinar cuál es el hecho o conducta antijurídica que obligue a reparar por el no reconocimiento del hijo.

Si bien la idea de reparación de los daños y perjuicios entre miembros de una familia tiene resistencia por considerarla atentatoria de la armonía de dicho ámbito, hoy prevalece el criterio favorable a su admisión, abarcándose entre los posibles supuestos la pretensión resarcitoria emanada de la falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial.

El tema relativo a los daños derivados de la ausencia de reconocimiento paterno ha nacido y evolucionado en la Argentina a la luz de los precedentes jurisprudenciales dictados en la década de los '90 y fines de los '80, ubicándose el inicio de la evolución en el año 1988, año en que la doctora Delma Cabrera, titular del Juzgado nro. 9 en lo Civil y Comercial en San Isidro, dictó el primer precedente jurisprudencial; a partir de esa fecha los tribunales argentinos han aceptado favorablemente los reclamos indemnizatorios de hijos extramatrimoniales no reconocidos voluntariamente por sus progenitores, fundados en los principios generales sobre responsabilidad civil, ello en la medida que no existe ninguna norma especial que

regule la temática de la responsabilidad en las relaciones de familia en general, ni tampoco una normativa especial relativa a la responsabilidad por la falta de reconocimiento del hijo.(Juzgado nro. 9 de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Isidro, 25-3-88, E.D. 128-333.).

La ausencia apuntada no ha impedido dar curso a las pretensiones resarcitorias deducidas en estos casos, habiéndose expedido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que en fallo dictado con fecha 28 de Abril de 1998, por mayoría de votos, entendió que la falta de reconocimiento del progenitor es un hecho jurídico ilícito que genera responsabilidad civil, y por ende, derecho a la indemnización a favor del hijo menor afectado. Asimismo, se pronunció en el sentido que “ las particularidades del derecho de familia no pueden servir de sustento para denegar la reparación del daño moral ante la negativa del padre a reconocer a su hijo, ya que, los principios de la responsabilidad civil están determinados con carácter general, por lo cual, su inaplicabilidad a las violaciones o incumplimientos de las obligaciones propias de la instalación paternal, requeriría una norma expresa al respecto” (S.C.J. B.A., 28/4/98 “P.M.D. c/ A.E. s/ filiación e indemnización por daños y perjuicios”, Ac. 59.680, E.D. del 16-2-99).-

Sentado ello, deviene menester en esta materia acreditar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual y subjetiva, a saber: antijuridicidad, factor de atribución, nexo de causalidad y daño.

2.1.1.4 Presupuestos de la responsabilidad civil

a) La antijuridicidad. Teorías

Bien ha dicho Kemelmajer de Carlucci que “aunque el niño nace desnudo, confundido en el tiempo y en el espacio con otros recién nacidos que se le parecen, es no obstante, un ser diferente. Desde el momento de su primer grito, él ya posee antecedentes, pasado, historia; una herencia original, familiar, social y cultural que lo distingue de otros. El acceso a la vida jurídica debe traducir esa identificación; esta exigencia consagrada en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por unanimidad y proclamada solemnemente el 2 de noviembre de 1959, por la «Asamblea General de las Naciones Unidas», al afirmar que el niño tiene, desde su nacimiento, derecho a su nombre y a una nacionalidad, es decir, a un estado civil que testimonie su integración en el seno de una familia, de un país, todo ello en respeto de su propia personalidad. Estos principios se repiten en las modernas constituciones europeas. El artículo 2 de Código Civil acentúa claramente el derecho al conocimiento de la realidad biológica; basta mencionar sólo una presunción iuris tantum para los plazos de la concepción (art. 361) y de la paternidad legítima (art. 362), que facilita las acciones de reconocimiento auxiliando a la mujer (generalmente carente de recursos) (art. 391), que permite establecer la maternidad aun sin reconocimiento expreso (art. 392), que presume la paternidad del concubino de la madre (art. 362), etc. Sobre estas bases, afirmamos enfáticamente que el menor tiene un verdadero derecho subjetivo a ser reconocido por su progenitor biológico”⁴⁶. Estas son las iniciales y terminantes afirmaciones de la jurista mencionada, para así sustentar la viabilidad de la acción de

⁴⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”, en “Derecho de daños”, Ed. La Roca, pag.674

daños y perjuicios, sean materiales o morales, en virtud del hecho antijurídico que implica la falta de reconocimiento voluntario de un hijo.

En este sentido, y como el orden jurídico procura que todo hijo sea reconocido, confiriéndole el derecho a reclamar su filiación si no existe tal reconocimiento voluntario, debe reputarse antijurídica la conducta de quien, inexcusablemente, se ha negado al reconocimiento o ha obstaculizado la investigación de la filiación aunque haya alegado no ser el padre.

En el quizá, primer precedente jurisprudencial que se dio en Argentina en el cual se dijo: “se reputa ilícito todo actuar que por culpa o negligencia ocasione un daño a otro, y media culpa por parte de quien, ante la vehemente sospecha de haber engendrado un hijo, elude su reconocimiento, que es la primera obligación frente al nacimiento”. A esto se agregó: “Aun en el caso que se pensara que no hay obligación legal de reconocer a los hijos que se engendran cuando no media vínculo matrimonial, como el deber genérico de no dañar a otro *alterum non laedere* impone la obligación de actuar en consecuencia, si a quien se lo emplaza para el reconocimiento de un hijo tuviera alguna duda sobre su paternidad, debería utilizar los medios a su alcance para averiguarla, y no habiéndolo hecho, esa pasividad con la víctima cierta, torna abusivo el ejercicio del derecho de no hacer lo que la ley no manda expresamente”.

Este camino fue rectamente seguido por la jurisprudencia unánime, al sostenerse que la falta de reconocimiento del progenitor es un hecho jurídico ilícito que genera responsabilidad civil y, por ende, derecho a la indemnización a favor del hijo menor afectado.

Lo hasta aquí afirmado conduce a sostener legítimamente que si bien el “reconocimiento” es un acto típicamente voluntario, ello no implica que pueda ser considerado discrecional o que el padre pueda realizarlo o no realizarlo a su libre

arbitrio. Ello así ya que el hijo tiene un derecho constitucional y supranacional otorgado por la Convención de los Derechos del Niño a conocer su realidad biológica, a tener una filiación, y para tener una filiación paterna extramatrimonial requiere del reconocimiento del progenitor varón ya que la madre no puede atribuirle por sí sola la paternidad (art. 392 del Código Civil). El negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil, obliga a reparar.

Como dijimos, la cuestión radica en determinar cuál es el hecho o conducta antijurídica que obligue a reparar por el no reconocimiento del hijo. Ahora bien, el padre omisivo podría argumentar como defensa, que el al no reconocer al hijo no viola ningún deber jurídico y que, por lo tanto, no está obligado a reparar. Ante esta argumentación cabe preguntarse si existe una obligación jurídica y un deber jurídico de reconocer a los hijos.

Se podría contestar a ese interrogante diciendo que el reconocimiento es un acto voluntario y personalísimo, y que por ser voluntario no es obligatorio; además podría argumentarse que la madre no puede atribuir la paternidad de un hijo a nadie.

Estos argumentos no son validos porque una cosa es que el reconocimiento sea voluntario y otra, muy distinta, que sea discrecional o que el padre pueda realizarlo o no realizarlo⁴⁷.

Es que el hijo tiene un derecho constitucional y supranacional, otorgado por la Convención sobre los Derechos del Niño, a conocer su realidad biológica, a tener una

⁴⁷ ZANNONI, Eduardo, Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontaneo del hijo, en L.L. 1990-A-1.

filiación, y para tener una filiación paterna extramatrimonial requiere del reconocimiento del progenitor varón, ya que la madre no puede atribuirle la paternidad.

El negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil obliga a reparar.

Con ello queremos decir que no basta el reconocimiento para generar la responsabilidad sino que además, deben darse todos los presupuestos que obligan a reparar. Es decir que la falta de reconocimiento debe ser dolosa o culposa, debe además haberse producido un daño y existir relación de causalidad entre el no reconocimiento y el daño.

Ahora bien la primera cuestión tratada por autores y fallos fue la determinación de la conducta antijurídica que obliga a reparar el no reconocimiento del hijo, basándose la defensa de los progenitores no reconociente en la inexistencia de obligación legal que así lo imponga. Esta circunstancia ha llevado a que autores como María Josefa Méndez Costa⁴⁸ definan a este recaudo como el más difícil de justificar, si se estima que sólo se configura cuando el comportamiento positivo u omisivo infringe una prohibición legal expresa, es decir cuando la antijuridicidad se concibe como ilegalidad o antijuridicidad formal.

Sin embargo, para que el hecho ilícito se configure no es necesario que una disposición legal imponga la obligación de cumplir el hecho omitido, siendo suficiente a tal fin que el ordenamiento jurídico apreciado en su plenitud, desapruebe o descalifique la conducta omisivo. Conforme a esta concepción, a la que se define como

⁴⁸ MENDEZ COSTA, Josefa, “Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente”, L.L., T. 1989- E- pag.563

antijuridicidad material, no cabe duda de la ilicitud de la falta de reconocimiento espontáneo, Zannoni⁴⁹ sostiene que cuando media declaración judicial de paternidad, es sólo a la madre que lo reconoció voluntariamente a quien debe atribuírsele el ejercicio de la patria potestad.

Sin perjuicio de la ilicitud del acto omisivo, carácter que surge de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico en su integridad, la doctrina sostiene la existencia de una obligación legal por cuanto si bien el reconocimiento constituye un acto jurídico voluntario en los términos del art. 390 del Código Civil, no por ello es discrecional para el sujeto reconociente, asumiendo éste el deber jurídico de emplazar a su hijo en el estado de tal. Como bien afirma mayoritariamente la doctrina, jurisprudencia nacional y extranjera, si el hijo tiene el derecho de accionar para obtener su emplazamiento respecto del padre o madre que no la ha hecho espontáneamente, éstos asumen en consecuencia el deber jurídico de hacerlo, transgresión que puede sólo neutralizarse ante la existencia de causas de justificación o exculpatorias⁵⁰.

Por último, autores tales como Méndez Costa⁵¹ sostiene que la omisión aludida constituye el ejercicio abusivo de un derecho, pues si bien la ley admite el reconocimiento por el padre o madre extramatrimonial con la finalidad de simplificar la determinación de la filiación del hijo y dar cauce jurídico al cumplimiento de un indiscutible deber ético, abstenerse de realizarlo contradice esos fines e implica contrariar la moral y las buenas costumbres, constituyendo un supuesto de acto abusivo, esto es un acto ilícito

⁴⁹ ZANNONI, Eduardo, "Derecho de Familia", Tomo 2, Edit. Astrea Segunda Edic. Pág. 683.

⁵⁰ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, "Daño Moral. Su separación y determinación en la negatoria de filiación", L.L., T. 1995- E-10.

⁵¹ MENDEZ COSTA, Josefa, "Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente", L.L., T. 1989- E- pag.563.

También constituye un obrar antijurídico la obstrucción maliciosa del proceso mediante la negativa infundada a la realización de la prueba biológica⁵².

b) Daño. Teorías

No caben dudas sobre la antijuridicidad del comportamiento de quien no reconoce voluntariamente la paternidad; y es lógico que tal actitud pueda desencadenar perjuicios materiales y morales de gran magnitud, que a la luz del Derecho deben ser resarcidos.

En efecto, la falta de reconocimiento voluntario y oportuno se traduce en un menoscabo que se confunde con la existencia misma de la persona (. art. 1969 del Código Civil), con claras e indiscutibles repercusiones: el hijo se ha visto impedido de ejercer los derechos que son inherentes al estado de familia (vg. no contar con el apellido paterno, ni con la asistencia –al menos material– del progenitor, no haber sido considerado su hijo en el ámbito de las relaciones humanas, etc.). Como afirma Zannoni: “el hijo ha sufrido, en términos generales, un auténtico desamparo –injusto– al impedírsele el emplazamiento paterno filial que después se declara judicialmente”. Y esta lesión o menoscabo a un bien jurídico fundamental, como es el “derecho a la identidad”, o daño a la “vida de relación” (derechos personalísimos), puede desencadenar jurídicamente no sólo daños a intereses extrapatrimoniales, sino también a intereses patrimoniales (Perú arts. 1969, 1984, 1985 del Código Civil).

En este mismo sentido que venimos exponiendo, Medina sostiene que: “Por lo tanto lo que se debe resarcir específicamente es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia, falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario. Este daño a un bien jurídico

⁵² BREBBIA, Roberto, El daño moral en las relaciones e familia en Derecho de Familia, libro homenaje al Prof. Dra. Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 358.

extrapatrimonial, como lo es el derecho a la identidad y especialmente el derecho al estado de familia o al emplazamiento familiar, puede producir daño moral o daño patrimonial [...]”. Continúa diciendo la Camarista citada que: “El daño moral deviene de la falta de emplazamiento familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre, y por la falta de ubicación en una familia determinada. El daño material está dado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre. Estas pueden o no producirse; se producirán, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre económicamente poderoso que de haberlo reconocido le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales [...]”⁵³.

Por su parte, enseña Zannoni que: “[...] el objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y, consiguientemente, es siempre un interés humano [...]”⁵⁴. Entonces el hijo, ante la falta antijurídica de reconocimiento, opone un interés tanto patrimonial como extrapatrimonial, pues el menoscabo sufrido afecta, imposibilita, en su esfera propia, la satisfacción o goce de bienes jurídicos (derechos personalísimos) sobre los cuales él ejercía una facultad de actuar. Esta facultad de actuación en la esfera propia del damnificado constituye su interés; el daño ha lesionado ese interés. Y ese interés dañado —como dijimos— es doble:

a) por un lado, un interés extrapatrimonial indiscutible, *in re ipsa*, por el sólo hecho del no reconocimiento prolongado en el tiempo que afecta sus derechos personalísimos; y,

b) por el otro, un interés patrimonial consistente en la imposibilidad de contar con la cuota alimentaria pertinente (verdadero derecho subjetivo), lo que se

⁵³ MEDINA, Graciela, Op. Cit., N° 4, págs. 114 y ss.

⁵⁴ ZANNONI, Eduardo A., “Derecho civil. Derecho de familia”, 1998, Ed. Astrea, T° 2, pag.397.

traduce en una “lesión al crédito”, de origen legal, al que se encuentra indefectiblemente sometido el progenitor con respecto a su hijo, en un todo de acuerdo a las normas relativas a la patria potestad (arts. 418 a 471 del Código Civil).

Resulta claro que a través del goce y titularidad de un bien jurídico u objeto de satisfacción de carácter no patrimonial (en nuestro caso el derecho a la identidad, al nombre, a la filiación biológica); las personas satisfacen no sólo intereses extrapatrimoniales sino además un interés patrimonial: la asistencia material dispuesta por las normas del derecho alimentario. El daño en la responsabilidad civil es una lesión a un interés humano jurídicamente protegible.

En suma: el objeto del daño es el objeto de la tutela jurídica. Y no caben dudas que tanto el derecho a tener una identidad acorde a la realidad biológica (interés extrapatrimonial), como el derecho a contar desde el nacimiento con una vivienda, alimentación, vestimenta, educación, asistencia médica, etc., conforme a la condición social y económica de los progenitores que éste estado filial implica (interés patrimonial o de apreciación pecuniaria), son, ambos, verdaderos derechos subjetivos que gozan de una auténtica y acabada tutela jurídica. El menor no reconocido tiene un legítimo interés jurídico por alcanzar el reconocimiento judicial de estos derechos. Y no hay que olvidar que el interés es la medida de las acciones.

La falta de reconocimiento paterno genera para el hijo un daño indemnizable, el que puede ser material o moral según la índole patrimonial o extrapatrimonial de sus consecuencias, daño que surge de la naturaleza de las relaciones de familia, del derecho subjetivo de cada persona a determinar y conocer su propia identidad y al de quedar emplazada en el estado de familia que le corresponde.

Con relación al daño moral, si bien parte de la doctrina entiende que no requiere prueba, pues se demuestra con la verificación de la titularidad del derecho lesionado del reclamante y la omisión antijurídica “in re ipsa”, otros autores tales como Lidia Makianich de Basset y Delia M. Gutiérrez⁵⁵ propician la producción de pruebas tendientes a acreditar en cada caso en particular las secuelas o menoscabos que la falta de reconocimiento produce, posibilitándose así una apreciación más sutil y subjetiva por parte del juzgador.

Desde el punto de vista psicológico, las secuelas que se producen ante la falta de reconocimiento paterno han sido ampliamente admitidas en el ámbito judicial, refiriendo la existencia de un "daño psíquico marcado al transitar en la vida con el apellido materno y sin poder alegar la paternidad" "cuestionamiento de la propia personalidad y la inseguridad en todos los campos" "Con respecto al daño material, y en la medida que la indemnización debe ser integral, corresponde resarcirlo de probarse que la ausencia de reconocimiento ocasionó carencias materiales. Se produciría, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoce tiene pocos recursos económicos y cuenta con un padre biológico que posee una capacidad patrimonial que le hubieran permitido el acceso a una mejor educación o nivel de vida.

La necesaria conexidad entre daños y bien jurídico protegido nos lleva a determinar cuál es el bien o derecho que se vulnera con la falta de reconocimiento. Creemos que de lo se trata es de una vulneración a los derechos de la personalidad,

⁵⁵ Makianich de Basset, Lidia N y Gutiérrez, Delia M “Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo”. E.D., T. 132-473

concretamente una violación del derecho a la identidad personal, al negarse el estado civil, más concretamente el estado de familia, en este caso el estado de hijo⁵⁶.

Por lo tanto, lo que se debe resarcir, específicamente, es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia y ausencia de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario.

Este daño a un bien jurídico extrapatrimonial como lo es el derecho a la identidad y, especialmente, el derecho al estado de familia o al emplazamiento familiar puede producir daño moral o daño patrimonial.

El daño moral deviene de la falta a la identidad, específicamente familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre y por la falta de ubicación en una familia determinada.

El daño material está dado por las carencias materiales que le produjo la falta de padre. Éstas pueden o no producirse; se producirán, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre biológico económicamente poderoso que, de haberlo reconocido, le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales.

Pero también puede ser que el perjuicio material no se produzca, como por ejemplo, en el caso de que quien lo reconoce fuera un progenitor rico y el no reconociente un menesteroso que, aun de haberlo reconocido, ningún auxilio material le hubiera proporcionado, por aquello de que los alimentos se fijan de acuerdo a las necesidades del alimentado y la capacidad económica del alimentante.

⁵⁶ RIVERA, Instituciones de Derecho Civil cit., 1ª ed., t. 1, p. 288, aclara que el estado de familia forma parte del estado civil y constituye un derecho personalísimo.

La falta de reconocimiento paterno genera para el hijo un daño indemnizable, el que puede ser material o moral según la índole patrimonial o extrapatrimonial de sus consecuencias, daño que surge de la naturaleza de las relaciones de familia, del derecho subjetivo de cada persona a determinar y conocer su propia identidad y al de quedar emplazada en el estado de familia que le corresponde.

Si bien es cierto la noción de daño, tanto en la Doctrina como en la jurisprudencia, corresponde tanto al *detrimento, pérdida o menoscabo que puedan afectar a una persona en sí mismo, como a los que puedan comprometer su patrimonio.*

Entender como daño al menoscabo a un bien, implica dar un concepto demasiado amplio y general que le resta trascendencia. Para salvar el concepto, *debemos relacionar el menoscabo con el derecho, para así precisarlo.*

A la idea del menoscabo a un bien debe agregársele la de que sea producido en violación a una norma jurídica (antijuridicidad), y la de hacer nacer la responsabilidad de la persona.

Esta idea de lesión, aunque ampliada, no es completa: produce un efecto multiplicador en relación a la cantidad de bienes lesionados: físico-patrimonial-espiritual-psíquico-estético-lucro cesante-emergente-privación de uso en sí mismo, etcétera. *Y también decir que daño es la lesión a un bien o derecho subjetivo, es erróneo, porque es algo difuso, ya que encontramos derechos subjetivos que no dan al resarcimiento, pues son sólo interés de hecho.*

¿Qué hacer? Entender que daño es toda lesión a un interés jurídico, siendo el interés el núcleo sobre el que gira el derecho subjetivo, y donde el interés es la facultad para lograr satisfacer cierta necesidad.

Si queremos clasificar el daño resarcible, no hay que atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo. Esto es, a los efectos y consecuencias de la lesión.

Aquí encontramos la connotación que queremos: No puede definirse algo por sus consecuencias, las secuelas o efectos que pueden ser tanto patrimoniales como espirituales no son el daño mismo, son parte de él. *Es por ello que cabe aquí decir que el DAÑO será toda lesión a un interés legítimo.*

Daño Patrimonial y Extra-Patrimonial. (DAÑO MORAL).

La asignación de daño extrapatrimonial, sirve para designar los casos en que el daño afecta a la persona en sí misma, independientemente de que pueda también hacerlo o no al patrimonio de ésta. Recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen, o indirecta, como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades.

Daño Patrimonial.

Es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades: así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados; y daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad

para el trabajo sobrevenida a la víctima, así será daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro por una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional.

Así será el daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro por una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional.

Daño Extrapatrimonial.

Para desarrollar este tema voy a recurrir al auxilio del Dr. Santos Cifuentes⁵⁷, explica en forma breve, clara y completa el tema pasando por las tres teorías del daño mencionadas anteriormente.

- a) **La primera sostiene, que deriva de la clase de derecho subjetivo lesionado, protegido por el ordenamiento.** Esto significa que si el ataque y consiguiente detrimento recae sobre un derecho subjetivo extrapatrimonial, es decir, sobre los derechos personalísimos que por naturaleza son extrapatrimoniales, es daño moral. Por este camino se llega a que el daño más que la violación a un derecho del sujeto lo es de la norma que reconoce el derecho subjetivo inherente a la personalidad. Lo ofendido es el ordenamiento mismo, como perjuicio *in iure*, aún cuando tales derechos o bienes que no tienen mensura económica por origen y destino, estén dirigidos con exclusividad a obtener ganancias lucrativas.

⁵⁷ Santos Cifuentes, Derechos de daños, edit., La Roca 1991.

Esta teoría se aleja del elemento que es soporte de los efectos del acto, para considerar una cobertura de ese elemento que está en el orden jurídico mismo, en la envoltura jurídica que da cauce al goce del algo sufrido: el derecho. Pero lo dañado no es el derecho que sigue incólume frente al ataque, sino el objeto ofendido o disminuido por ese ataque.

El derecho, sea personalísimo o no, se reduce a un goce y una reacción para defender ese goce. Luego, no puede ser soporte del daño, el cual se produce sobre el objeto dañado y no sobre el derecho subjetivo - normativo que protege a ese objeto.

La teoría no puede explicar por qué un derecho patrimonial, puede derivar en un daño moral para el sujeto, y sin embargo, hay cosas que contienen ambos valores, también los extrapatrimoniales de afección, además de sus valores intrínsecos propios de la materialidad y valoración dineraria.

Debe recurrir como subterfugio para comprender este supuesto, a la idea del daño indirecto.

b) La segunda apunta al interés afectado, sosteniendo que tal interés viene a ser un poder actuar reconocido por la ley hacia el objeto de satisfacción, sería un interés legítimo o jurídico que vendría a importar el contenido de un derecho subjetivo.

Con una visión más amplia se admite el interés simple, el cual vendría a ser la expectativa de continuar obteniendo el objeto de la satisfacción.

Esta teoría es una variante casi inapreciable de la anterior y con igual efecto en la medida, desde ya, que ciña la noción de interés al aspecto referido de poderse tener el objeto de satisfacción (facultad del sujeto), se conciba este poder como un derecho o.

Rebasa también aquí el problema del daño y del algo dañado, para hacer residir el efecto del ataque en una consideración exterior y no para asimilar lo que precisa y directamente soporta la ofensa. El interés, concebido de esta manera, no puede ser dañado, pues persiste antes y después del ataque incólume, tal como el derecho subjetivo. Ese derecho no es menos derecho ni derecho desmedrado, si en su objeto concurre un daño; ese interés tampoco es menos poder o poder reducido a partir de la ofensa o perjuicio. Ellos no son, por tanto, los menoscabados. A menos que se haya perdido completamente el objeto y por lo tanto el derecho y el interés - facultad.

c) **La tercera teoría, para el daño en general, se ubica en el resultado o la consecuencia de la acción dañosa**, y en ese resultado con toda propiedad concentra las miras de su caracterización. De modo que si el detrimento producido por la ofensa disminuye o hace perder un bien (en sentido general y no jurídico) inmaterial y no evaluable en dinero, es daño moral; si patrimonial y mensurable en moneda, es daño material.

El daño jurídico (teorías del derecho y del interés, poder de satisfacción), no conforma en las expectativas de la realidad del análisis como el daño de hecho, al cual Mosset Iturraspe⁵⁸ se refiere, que es disminución o pérdida de idoneidad para satisfacer necesidades del lesionado. Pero no podría ser tal, la supresión de alguno de esos bienes.

En el derecho privado, su faz extracontractual separa los elementos que la conforman: **la relación de causalidad, antijuridicidad, voluntariedad, imputabilidad y daño**. De igual modo en el área contractual, la teoría de la reparación destaca el daño,

⁵⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños. Eximentes, TIII, Ediar, Buenos Aires, 1982.

independientemente de la norma incumplida (antijuridicidad), del incumplimiento o de la mora y de la culpa dolo (imputabilidad).

El que está en juego es el elemento daño no algún otro (antijuridicidad, voluntariedad). Por ello se habla de daño material o moral. A diferencia del privado, el derecho penal puede prescindir del daño; puede no haber un objeto dañado.

Es así que Santos Cifuentes⁵⁹ considera a la primera de las teorías inapropiada desde que se adscribe al elemento antijuridicidad, olvidándose del daño. Se llegaría al extremo, en el orden probatorio, de acreditar simplemente la acción contraria al derecho, sin necesidad de comprobar la existencia de algo dañado que permite establecer la entidad del daño.

Por el mismo razonamiento no comparte la teoría del interés, tal como se la ha concebido en los estrechos límites del poder de satisfacción. En realidad el poder de satisfacción del derecho se adscribe al sujeto que lo tiene conferido por el derecho subjetivo. Es parte de ese derecho, como una de sus fases. El daño se acarrea no a ese poder del sujeto, sino a un bien o soporte, material o inmaterial, del sujeto. No se menoscaba el señorío del sujeto, sino su patrimonio o manifestaciones personales que le acompañan como persona (honra, libertad, cuerpo, intimidad).

El poder de satisfacción del derecho no tiene entidad mayor o menor. Si la tiene el daño sobre el objeto dañado. Y estos puntos de mira, encadenados con la relación de causalidad, son las pautas comparativas de la entidad de los daños que permitan evaluarlos en más o en menos según su gravedad.

⁵⁹ Santos Cifuentes, Derechos de daños, edit., La Roca 1991

Según esta visión la tercera teoría sería la más completa jurídicamente hablando pues se detiene y saca provecho del elemento Daño que la ley hace imprescindible en la reparación del derecho civil o privado. ¿Qué es lo que se daña o perjudica con el hecho ilícito? Ni el derecho que protege el objeto (éste se viola o contradice, no se daña); ni el poder actuar hacia el objeto o hacia la expectativa de satisfacción (éste se neutraliza o paraliza, no se daña), sino el objeto mismo dañado. De modo que cuando el detrimento recae sobre uno de los modos de ser espirituales y todas y cada una de las manifestaciones personalísimas, es daño moral.

Ahora la duda que cabe es sobre la claridad de la definición de Daño como ente o instituto que han tratado de dar la tres teorías desarrolladas según la visión de Cifuentes. Y digo esto porque pareciera ser la tercera la más acorde a la realidad, pero deja un cierto gusto a poco, en cuanto no define con certeza al daño, sino que nos habla de las consecuencias de éste, o sea, de lo que produce y sobre lo que afecta (patrimonio o espíritu de las personas).

Nos deja la insatisfacción de no poder saber, en realidad, ¿qué es el daño? Por Cifuentes sabemos cuál es la consecuencia del daño, y según esto a qué tipo de daño nos estamos refiriendo (moral o patrimonial). Pero conocida la consecuencia ¿nos es posible definir al daño? Estoy de acuerdo con Bueres⁶⁰ en cuanto no se puede definir por sus consecuencias, pues son cosas distintas la una de la otra: una es causa, el otro efecto. Pero también puedo dar razón a Cifuentes en el reproche de las teorías del derecho subjetivo, y la del interés legítimo, en cuanto éstas tampoco definen al daño en sí mismo, sino que nos dicen qué es lo que afecta, sobre qué recae, pero estamos en situación parecida a la que nos coloca la teoría de las consecuencias o efectos. Una nos dice lo que pasa a raíz del daño y la otra sobre qué recae.

⁶⁰ BUERES, Alberto, “Comentario al art. 1066” en el Código Civil y Normas, Argentina

Ahora para llegar a una idea, aunque más no sea aproximada, del daño ¿no cabría referirnos, previo desecho de la teoría del derecho subjetivo, por las objeciones antes planteadas, a las dos restantes? Y esto a la luz de que, a simple vista, parece que tanto la noción acerca de sobre qué elemento recae el daño, como acerca de cuáles son las consecuencias que produce, son partes integrantes del daño y producen efectos sobre la noción de la reparación.

Tanto es así que para no quedarme con esa sensación poco satisfactoria prefiero tomar una idea de daño donde éste sea la afectación a un interés legítimo, pues no considero acertada la idea que sostiene Cifuentes de que el interés como expectativa de satisfacción no se daña, sino que se paraliza o neutraliza. Por el contrario considero que justamente el hecho de paralizar o neutralizar el interés es dañar, y el derecho, a raíz de esa circunstancia, me otorga la posibilidad de poner en funcionamiento nuevamente la maquinaria del interés para lograr las satisfacciones a las necesidades. Pero debo tomar al interés y bien o soporte, material o inmaterial, del sujeto, del que nos habla Cifuentes, como parte de un todo. Y así, de esta manera, mediante la parálisis o neutralización del poder de satisfacción, tengo un menoscabo al patrimonio o manifestaciones personales que acompañan a la persona. Con lo que se consigue darle al interés legítimo (como parte del bien o soporte material o inmaterial) entidad de mayor o menor para su valoración y posterior reparación, según su gravedad. Y por otra parte solucionar el reproche de la incapacidad para explicar la existencia del daño moral y patrimonial frente a un mismo hecho.

Esta idea es un humilde intento de lograr congeniar dos nociones que considero acertadas pero insuficientes para definir el daño, y quizá, desde mi escaso conocimiento de la materia, lograr aplacar ese gusto a poco que me deja con hambre de definir al daño como algo autónomo para poder tratarlo.

Teniendo en cuenta la tendencia de la doctrina en materia de Daños en cuanto a tomar como centro de atención a la víctima, sosteniendo que la reparación es en atención a un daño injustamente sufrido y no injustamente causado; debemos desligar al daño moral de la muerte de la víctima y de la calidad de herederos forzoso puesto que es solo un instrumento objetivo y arbitrario de limitación para la fijación de los titulares de la acción.

La jurisprudencia y la doctrina francesa conceden la acción a toda persona, pariente o no, que pueda invocar un dolor real y profundo como consecuencia del daño ocasionado ilícitamente a la víctima inmediata: "El daño moral que causa, por ejemplo, a una persona el deceso de otra, depende de un vínculo de afecto y no de un vínculo de parentesco" (*Mazeaud-Tunc*, núm. 1875). Orgaz resalta como acierto de la reforma, la reducción del número de damnificados con derecho a la reparación que, en el texto derogado era bastante inferior al de la jurisprudencia francesa pero que favorecía, a veces con exceso, el reparto de la reparación entre varios parientes con derechos a ella, que así perdía gran parte de su eficacia.

Acá no podemos compartir con Orgaz, puesto que no hay reparto, lo que hay son reclamos independientes pues cada uno reclama su propio daño; por la lesión a un interés particular. No se trata de una cuestión hereditaria, como ya ha expresado la doctrina casi unánimemente y la jurisprudencia.

c) Nexo de causalidad. Diversas teorías

Para que la conducta omisiva genere responsabilidad debe estar causalmente ligada al resultado dañoso, de modo que se pueda afirmar que la abstención ha actuado

como factor eficiente de consumación. Llambías⁶¹ afirma que para que opere la responsabilidad, la abstención tiene que ser la causa del daño: y que esto ocurrirá toda vez que un juicio de probabilidades nos indique que esa abstención influyó como concausa del daño producido, partiendo del supuesto que la acción de quien se abstuvo habría bastado para evitar el daño ocurrente.

El requisito por el cual la omisión debe constituir la causa –aunque no sea inmediata ni directa- del daño ocasionado, es una consecuencia de la llamada “*teoría de la equivalencia de las condiciones*”, en virtud de la cual todos los elementos que de algún modo configuran el daño son considerados como causa.

Necesariamente el daño debe ser producto de una relación de causalidad adecuada con el hecho generador del ilícito. Es decir, debe guardar una relación de adecuada causalidad la falta de reconocimiento espontáneo y el daño reclamado.

El vocablo “responsabilidad” es uno de los términos polisémicos que abundan en el Derecho, pues en la dogmática jurídica - y aún en el uso común- se le atribuyen muy diversos sentidos. Encuentra aplicación en especialidades tales como el Derecho Administrativo, Derecho Ambiental, Derecho Laboral, Derecho Penal y múltiples sub- especialidades derivadas del Derecho Civil. En la mayoría de los casos en que se usa, suele designar la consecuencia de haber desatendido un deber jurídico.

En particular, la teoría de la responsabilidad civil busca dar respuesta a una necesidad social convertida en interés jurídicamente relevante, cual es tutelar la situación de la persona afectada por un daño, proporcionando una respuesta al menoscabo, mediante su reparación. En la época actual se ha revitalizado su vigencia,

⁶¹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, “Código Civil Comentado” (Argentina), Pág. 96.

pues el desarrollo económico tal y como lo conocemos parece ir ligado de manera irremediable a que los sujetos ocupados en generar –y acumular- riqueza, creen riesgos otrora desconocidos, los que pueden llegar a convertirse –y con frecuencia lo hacen- en lesión de los intereses jurídicos de los demás.

Como ocurre con la mayoría de los institutos que conforman el Derecho Continental, proveniente de un tronco común de origen romanista, el análisis de la responsabilidad civil se remonta a esos estadios de la historia jurídica. A partir de allí, y a lo largo de muchos siglos los comentaristas y la doctrina fueron trabajando sus conceptos fundamentales, que los franceses positivizaron en el Código Napoleón.

Luego, por vías diversas, pasó a los ordenamientos latinoamericanos, que acabaron imitándole sin variantes significativas⁶², producto de la tradición mimética que nos ha caracterizado a nivel legislativo.

Si bien el estudio tradicional de este instituto subdivide entre responsabilidad contractual (analizada en el Derecho civil de Obligaciones) y responsabilidad extracontractual, (orientada al Derecho de Daños), lo cierto es que la responsabilidad civil tiene una columna vertebral común a cualquiera de sus múltiples manifestaciones (Contractual, extracontractual, subjetiva, objetiva, por hecho propio, por hecho de tercero, de los particulares, de la Administración, por conducta lícita o ilícita, etcétera). Estos elementos imprescindibles son la conducta lesiva, el daño, el nexo de causalidad y el criterio de imputación.

⁶² GUZMAN BRITO, Alejandro, La Codificación Civil en Iberoamérica, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 200

Estos apuntes se concentrarán, sin pretensión de exhaustividad, en el vínculo causa-efecto que indispensablemente debe mediar entre la conducta lesiva y los daños causados, como uno de esos presupuestos de la responsabilidad civil. Se procurará confrontar las líneas generales que al respecto refiere la doctrina, con lo que ha señalado

Al respecto puede consultarse la investigación de GUZMÁN BRITO, Alejandro.

De previo a llegar a ese punto, se pasará un breve vistazo por los fundamentos constitucionales y legales de la responsabilidad civil y el nexo causal.

Diversas Teorías.

La teoría de la equivalencia de las condiciones o conditio sine qua non, de fines del Siglo XIX fue atribuida al Alemán Von Buri. Sostiene que normalmente confluye una multiplicidad de causas para que se produzca un determinado desenlace, todas ellas equivalentes en la producción del evento dañoso. Si en el ejercicio de suprimir hipotéticamente una de ellas se obtiene que el resultado no tuviera lugar, se ha dado con aquélla sin la cual el daño no existiría⁶³.

A nivel práctico, esta teoría no es de mucha ayuda, pues no marca un límite claro en el análisis retrospectivo del motivo que origina un evento dañoso. En un caso como el descrito se llegaría a considerar como potenciales causas al contrato de trabajo del operario que resbala, antes que él, al negocio jurídico que lleva a la contratista a

⁶³ DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, La relación de causalidad en la órbita el Derecho de Daños, Tirant, Valencia, 2000, p. 81.

ocuparse de la obra, un poco más atrás está la decisión del propietario de edificar en el lugar, junto con la determinación de acabar con la propia vida por parte del suicida, el portar objetos en los regazos mientras se circula en un vehículo, etcétera. Estimo que existirá acuerdo en que esto resulta excesivo. Además, podría presentarse que en una determinada concurrencia de causas, de suprimir una de ellas, se evite el evento, pero de suprimir otra y no aquélla, también desaparezca el daño. Es decir, que cada una puede originar el daño, por sí sola, sin la confluencia de la otra. En resumidas cuentas, esta teoría no disminuye o limita en mayor medida que el operador pueda –y deba- escoger cuál es la causa sin la cual el menoscabo no se hubiera producido, porque no le indica cómo definir el límite retrospectivo de su análisis.

Por otro lado, la causalidad **próxima** desarrollada a partir de las ideas expuestas por Francis Bacon, jurista francés del Siglo XVI, intenta determinar la causa que, desde la perspectiva temporal, se acerca más al evento lesivo, esto es, la causa inmediata o próxima⁶⁴. Sus debilidades también son ostensibles, en vista de que no necesariamente el evento que se encuentra más cercano al daño, en tiempo, es el que lo explica, pues puede, a su vez, ser consecuencia de otros hechos mediatos.

Las teorías de la **causa preponderante** y **causa eficiente** son citadas con menor frecuencia en los tratados de responsabilidad civil. La primera se atribuye a Biding y Oertmann y la segunda a Birkmeyer⁶⁵. Aquélla postula que la causa es la que en mayor medida ha contribuido a ocasionar el daño. La última muestra una orientación más cualitativa que cuantitativa porque señala que bajo criterios de normalidad, la causa

⁶⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, p. 190

⁶⁵ Ver en este sentido BUSTAMANTE ALSINA, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, 9ª Edic. ampliada y actualizada, p. 269 notas 341 y 342.

eficiente es la que tiene mayor eficacia para generar el curso causal de los acontecimientos⁶⁶.

Si bien en casos fáciles estos criterios podrían ser de utilidad, no siempre es sencillo determinar de manera intersubjetiva cuál es la causa que en mayor medida ha contribuido a ocasionar el daño, ni cuál tiene más eficacia que otras para generar un determinado desenlace. Además, no indican cómo –ni con qué parámetros- se mide esa “preponderancia”, ni esa “eficacia”. Cabría pensar, por ejemplo, en la destrucción de un vehículo propiedad de A, aparcado en un inmueble perteneciente a B, que contenía material altamente inflamable del cual es dueño C y se incendia por una pequeña quema de residuos orgánicos en un predio vecino perteneciente a D. De la quema realizada, el viento transporta una chispa que al entrar en contacto con el material inflamable cercano al vehículo termina incendiándolo. ¿Cuál causa ha contribuido en mayor medida a generar el daño?, ¿cuál tiene mayor eficacia para generar el curso causal de los acontecimientos?, ¿albergar material inflamable cerca del vehículo, o la quema?, ¿ambas? De nuevo, el operador tiene que decidir.

La tesis de la causalidad **adecuada** parte de las ideas de Von Kries⁶⁷. Sostiene que la probabilidad debe tenerse en cuenta en la determinación de las causas de los sucesos, entendiendo por ella la frecuencia en la relación entre dos clases de eventos, que en algunos casos se da de modo necesario, como en las leyes naturales y en otros sólo permite establecer una frecuencia estadística⁶⁸. Señala que la supuesta causa del evento dañoso, bajo un análisis probabilística, debe corresponder o relacionarse con el menoscabo.

⁶⁶ DE CUEVILLAS, pp. 89-90

⁶⁷ DE CUEVILLAS, pp 91

⁶⁸ DIEZ PICAZO, Luis, Derecho de Daños, Civitas, Reimpresión 2000, p. 338.

Esta teoría, a mi juicio, es la única que sigue criterios racionales –las demás sólo brindan parámetros más o menos razonables-, pues las perspectivas de análisis que proponen para determinar el nexo de causalidad son controlables. Las premisas y las conclusiones de los razonamientos que llevan a concluir el carácter necesario o probable entre dos eventos del cual uno es antecedente del otro, pueden ser revisados, controvertidos, reafirmados o desechados por el resto de la comunidad jurídica.

Más recientemente, el Derecho Penal desarrolló la teoría de la imputación objetiva, que sigue las ideas de Roxin y Jakobs. El primero de esos autores señala que un resultado sólo puede ser imputado a una persona si ha creado un peligro para un bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro se ha materializado⁶⁹. El segundo elabora una serie de criterios que la completan y que son el del riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima, que afirman o excluyen la imputación a un sujeto de un determinado evento⁷⁰.

Para la responsabilidad civil Díez-Picazo propone los siguientes parámetros de análisis a fin de corroborar o excluir la imputación objetiva⁷¹.

Conviene advertir que para este autor el análisis de imputación objetiva está relacionado con la causalidad, y no excluye el juicio de “imputación subjetiva” esto es, que se pueda encontrar culpa o negligencia.

1. Riesgo general de la vida. La vida civilizada supone determinados ámbitos de socialización de los sujetos, en los que se producen riesgos. Si en el curso de

⁶⁹ DIEZ PICAZO, p. 341

⁷⁰ DIEZ PICAZO, p. 343-346

⁷¹ DIEZ PICAZO, p. 351

acontecimientos que conducen a un daño, intervienen varias personas que cuáles “actualizan” esos riesgos, no se deben imputar los daños al autor mediatos⁷².

2. Prohibición de regreso. Si interviene en un resultado lesivo, de manera sobrevenida, la conducta dolosa o imprudente de un sujeto, se ha dado con el responsable y el análisis no puede regresar más atrás de esa persona⁷³.
3. Criterio de provocación. Quien “provoca” daños o los “crea culpablemente” responde de modo objetivo por ellos⁷⁴.
4. El fin de protección de la norma. No pueden imputarse a la conducta del autor los resultados dañosos que caigan fuera de la finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda justificarse la responsabilidad de un sujeto⁷⁵.
5. Incremento del riesgo o de la conducta alternativa correcta. No se imputará un daño a un sujeto si de suprimir mentalmente la conducta que se le achaca, el evento dañoso con seguridad o “probabilidad rayana en la certeza” igual se hubiera producido el daño⁷⁶.
6. Los supuestos de competencia de la víctima a, es ella a quien se le imputan los daños, no así al autor mediatos⁷⁷.

En mi criterio, esta pormenorizada elaboración pone de manifiesto lo que se ha venido advirtiendo con las otras teorías, es decir, que todas encierran un ámbito de escogencia y elección de muy difícil reducción. La posibilidad de llenar conceptos jurídicos indeterminados como “riesgos”, “fin de la norma”, o bien, los juicios de valor

⁷² DIEZ PICAZO, p. 346

⁷³ DIEZ PICAZO, p. 346-347

⁷⁴ DIEZ PICAZO, p. 347-347

⁷⁵ DIEZ PICAZO, p. 348

⁷⁶ DIEZ PICAZO, p. 348

⁷⁷ DIEZ PICAZO, p. 349

que implica determinar cuándo se actualizan riesgos, cuándo hay dolo y cuándo imprudencia, son sólo ejemplos en los que queda patente cómo el operador, aún bajo ciertos parámetros en apariencia objetivos, sigue decidiendo cómo y hasta dónde llevar el análisis de la causa de un evento lesivo.

Una vez definido lo anterior, se confrontarán estas teorías con lo que indica la legislación costarricense y los desarrollos que sobre la causalidad ha hecho la jurisprudencia.

d) Factores de atribución. Teorías

La falta de reconocimiento voluntario de la paternidad por parte del padre biológico, implica la existencia de un factor de atribución subjetivo, y dentro de éste la presencia tanto de “culpa” –en el sentido estricto del término– como de “dolo”. Habrá un comportamiento culposo si conforme las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, el supuesto padre no hubiera adoptado aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de esta obligación de origen legal, tendientes al esclarecimiento de la verdadera identidad del menor en cuestión (arts. 1320 y 1321 del Código Civil). Por el contrario, habrá un comportamiento doloso cuando el acto ilícito de la falta de reconocimiento es ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro (arts. 1318 del Código Civil).

No es fácil en los hechos concebir un caso de conducta negligente (culposa), pues ante el “conocimiento” que tiene el agente de la imputación de paternidad que se le hace, debe adoptar aquellas diligencias mínimas como para esclarecer la existencia o no del nexo biológico con el menor. Quien no se conduzca de esta manera, estará

inevitablemente incurriendo en una conducta dolosa (omisión antijurídica), que se presumirá por el simple hecho de la demostración en juicio del conocimiento que tenía el padre de la paternidad que se le imputaba y de la falta de invocación y prueba, por parte de este último, de una razón atendible como para desconocerla. Ello así, puesto que quien logra conocer esta circunstancia y no obstante omite el comportamiento debido, ha actuado ilícitamente a sabiendas y, por otro lado, no podrá sostener que no tuvo la intención de dañar la persona o los derechos del hijo que no se reconoce. Conocer que existe la posibilidad cierta de ser padre implica, necesariamente, conocer que se va a dañar la persona o los derechos del hijo si no se lo reconoce, por lo que si no se conjuran esos daños mediante el comportamiento debido es porque –jurídicamente hablando– se los quiere.

Haciendo un poco de tónica jurídica, podría mencionarse como ejemplo de comportamiento solamente culposo, el del sujeto al que se le imputa la paternidad luego de haber tenido relaciones con una prostituta, o de quien dudaba fuertemente de esa paternidad en virtud de una razón atendible para ello, como es el caso del hombre que durante muchos años fue estéril. Pero, repetimos, debido a la casi certeza que hoy producen las pruebas biológicas, la duda razonable sobre la paternidad no exime de responsabilidad al progenitor.

No habrá responsabilidad civil, como bien se lo ha sostenido¹⁰, en caso de imposibilidad de reconocimiento por parte del padre extramatrimonial, por gozar el hijo de la presunción de paternidad del marido de la madre. Es el caso del menor habido en el seno del matrimonio entre una mujer casada y un tercero, en donde este último no puede accionar por filiación hasta tanto no se remueva el obstáculo legal que implica la existencia de una filiación anteriormente establecida, dado que la acción de

impugnación de la paternidad legítima sólo puede ser promovida por el hijo y por el marido de la madre.

Las apreciaciones anteriores, que nos permitirán conceptualizar si el comportamiento asumido por el demandado es doloso o culposo, tienen sus consecuencias prácticas, puesto que la falta de reconocimiento deliberada del progenitor frustrando el derecho a la identidad y la percepción de una cuota alimentaria, entre otras cosas, es una conducta ilícita dolosa que hace inaplicable el beneficio del art. 1321 segunda parte del Código Civil.

En este sentido afirma Mosset Iturraspe que: “El derecho positivo se compone de normas, genéricas y abstractas, que los jueces deben concretar y particularizar a partir de las especificaciones del caso [...]. En nuestro ordenamiento contamos con la sabia preceptiva del art. 1332, obviamente aplicable a los daños morales: «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa». Este texto posibilita, respecto del obligado a pagar la indemnización, la consideración por el juez de su situación económica, la de él y sus familiares convivientes, y, así mismo, la imputabilidad del hecho causante del daño: de los factores que fundan esa atribución, de la concurrencia o no de los factores objetivos y subjetivos, etc.”⁷⁸.

Por lo dicho hasta aquí resulta fundamental en este aspecto, es decir en cuanto al “factor de atribución” de responsabilidad civil, demostrar en juicio que el progenitor renuente en el reconocimiento voluntario de su paternidad conocía o pudo razonablemente conocer el “estado de gravidez” de la madre del menor y que, a su vez, era posible su paternidad con respecto a este último. Y esto no es una cuestión meramente procesal, sino justamente de derecho sustantivo. No es viable imputarle

⁷⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, Tº 5, pág. 231.

culpabilidad alguna a quien no conocía ni podía razonablemente conocer el hecho de su paternidad. Pero tampoco resulta razonable exigir, como contrapartida, un conocimiento preciso y acabado de esa paternidad, puesto que la misma se acredita fehacientemente mediante pruebas biológicas o científicas. Por ello, entendemos que, a estos fines, es suficiente la posibilidad razonable de conocimiento del hecho de la paternidad (v.gr., a través de la comunicación que la madre del niño le haya hecho o del conocimiento del embarazo de la persona con quien mantenía relaciones afectivas en el período de la concepción), pues de ahí en más existen distintos medios al alcance del interesado como para comprobar la existencia o no del nexo biológico que se le atribuye (en caso de que tenga dudas razonables) y evitar de esta manera los daños y perjuicios, deslindando responsabilidad civil al respecto.

Creemos que son aplicables los principios generales de responsabilidad civil en el derecho de familia, por lo tanto es menester acreditar todos los presupuestos de responsabilidad exigidos en el derecho civil: 1.1. Antijuridicidad, 1.2. Daño, 1.3. Causalidad, y 1.4. Factores de atribución de responsabilidad.

Con relación a los factores de atribución de responsabilidad, sostenemos que en el tema específico de indemnización por no reconocimiento de hijo, es necesario la existencia de dolo o culpa, sin realizar distingos en cuanto a esta última. Es injusto dejar sin derecho a indemnización los casos de negligencias, imprudencias o impericias.

Descartamos a los factores de atribución de responsabilidad de naturaleza objetiva como generadores de derecho de indemnización por no reconocimiento de hijo.

En un principio se pensaba que el Derecho de Daños era extraño al Derecho de Familia, en la medida en que la relación íntima entre los miembros de la familia

obstaba a calificar a sus integrantes como dañadores o dañados. Debía primar en las familias una actitud de recato, silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados. Se debía atender, prioritariamente, "a los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad"; por sobre todo, debía quedar a salvo la dimensión fundamental del amor, de la pietas familie, piedad o consideración debida entre sus miembros. Ello sin perjuicio de aplicar frente a las conductas antijurídicas las sanciones específicas de ese Derecho.

Como consecuencia de la concepción política que pretende culminar con los privilegios personales que caracterizaron a los siglos XVIII y XIX y primeras décadas del XX, toma impulso la concepción jurídica que hace primar los principios de una nación democrática e igualitaria. Esta concepción provoca la aparición de partidarios de extender la responsabilidad por los hechos dañosos al ámbito familiar. Los autores que sostienen la misma, permiten aludir a una "nueva familia", distinta de la tradicional o clásica; destacando como característica de la misma la necesidad de una justa democratización de las relaciones familiares, recogidas por normas jurídicas a nivel internacional e interno; la desacralización de los lazos familiares, unida a una fuerte relajación de los vínculos emergentes, y por sobre todo, la iniquidad que importa dejar un daño injusto sin la condigna reparación. Ser miembro de la misma familia, se sostiene, lejos de ser un "atenuante" es una "agravación" que compromete aún más al agente dañador⁷⁹. Si bien hoy no es discutible la aplicación del Derecho de Daños en el Derecho de Familia, cabe preguntarnos qué factor de atribución de responsabilidad origina el derecho a una indemnización en la falta de reconocimiento de hijo.

⁷⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones de familiares". Edic. Rubinzal Culzoni, 2001, Buenos Aires, pag.9.

En este punto, consideramos que existen tres posiciones doctrinarias y jurisprudenciales a saber:

a) Tesis que incluye factores objetivos de atribución de responsabilidad:

Consideramos como representante de este sector de la doctrina a la Dra. Nelly Minyersky, quien sostiene: “Frente al progresivo y debido lugar que ocupa actualmente la teoría de la carga dinámica de las pruebas, cualquiera fuera la posición sustentada, se debe procurar facilitar el logro del emplazamiento filial con la condigna reparación de los daños”⁸⁰.

La ley y la jurisprudencia tienen una función dialéctica y ejemplificadora. A través de una debida articulación de las normas se logrará la efectividad de los derechos constitucionales reiteradamente citados. Ello irá impregnando la conciencia social de los principios de la paternidad y maternidad responsables.

Una posición en tal sentido acercará la responsabilidad a los criterios más modernos que centran el derecho de daños en la víctima y en la reparación, y no en la conducta del actor del hecho dañoso, considerando así como eje de la política tuitiva al menor y sus derechos. Ya decía Mosset Iturraspe que: “Son numerosas las voces que predicen una progresiva intrascendencia de la responsabilidad como hecho jurídico, hasta llegar a la supresión misma de la idea, reemplazada por la reparación... queda evidenciado que el tema de la responsabilidad escapa a los moldes, requiriendo un

⁸⁰ MINYERSKY, Nelly “Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución”, incorporado en la obra “La responsabilidad” Homenaje al profesor doctor Atilio Goldemberg” Directores Atilio Aníbal Alterini-Roberto M, López Cabana, edit. Abeledo Perrot. Págs. 549-562-

tratamiento acorde con las circunstancias históricas y necesidades de la hora presente”⁸¹.

De lo expuesto se colige que, para la doctora Nelly Minyersky, debe primar el presupuesto de responsabilidad de la causalidad independientemente del factor subjetivo de atribución de responsabilidad.

Es necesario hacer mención que La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el fallo dictado en los autos caratulados: "P., M.D. contra A., E. Filiación e indemnización por daños y perjuicios", Ac. 59.680, del día 28/4/98, publicado en Diario de Jurisprudencia Judicial Pág. 4741, del día 20/08/98., ha omitido tratar los factores de atribución de responsabilidad y por lo tanto, arriba a la misma conclusión que la tesis que incluye factores objetivos de atribución de responsabilidad.

En dicho fallo se decidió:

1. La negativa infundada al reconocimiento del hijo provoca en éste un agravio moral que debe ser resarcido. (Por mayoría).
2. El carácter voluntario del reconocimiento no lo convierte en un acto de arbitrariedad, ni lo desliga de principios fundamentales de derecho como el de no dañar a otro y el de dar a cada uno lo suyo, bases del ordenamiento jurídico positivo. (Por mayoría)
3. No exime de responsabilidad al progenitor la eventual falta de culpa o negligencia, pues la indemnización por agravio moral no es punitiva sino resarcitoria, desde que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpabilidad. (Del voto del Dr. Hitters).

⁸¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por Daños, T.1, pag.135.

4. El daño moral puede, en ciertos casos, resultar in re ipsa y, en otros, requerir su prueba. (Del voto del Dr. Ghione).

Consecuencias de la aplicación del criterio sustentado por la S.C.J.B.A.

Se colige de acuerdo al fallo que carece de importancia determinar si la omisión de reconocimiento de hijo, deriva de culpa o de negligencia. Por lo tanto existe un deber jurídico de indemnizar al hijo que no se reconoció al margen de toda culpa o negligencia. Además el incumplimiento de dicho deber ocasiona un daño in re ipsa y condena a indemnizar tal actitud dañosa.

b) Tesis que incluye como factores de atribución de responsabilidad a la culpa sin distinción de clases y al dolo.

Como exponentes de esta posición se encuentran Eduardo A. Zannoni, quien manifiesta que “la mera falta de reconocimiento no genera sin más responsabilidad sino que ésta debe ser imputable a título de dolo o culpa”⁸².

A mayor abundamiento, podemos citar el trabajo de los Dres. Eduardo Molina Quiroga y Lidia E. Viggiola, donde sostienen que: “El factor de atribución de responsabilidad es subjetivo. Se atribuirá responsabilidad a quien no pueda justificar un error excusable que obste a la culpabilidad de quien, más tarde, es declarado padre o madre (ejemplo: la ignorancia de que la mujer había quedado embarazada y dio a luz al hijo, creencia razonable en la propia esterilidad basada en análisis anteriores fehacientes, etc.). Pero hay que analizar toda la conducta: una razonable negativa a

⁸² ZONNONI, Eduardo, “La responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo de hijo”, publicado en la L.L. 1990-A-1.

reconocer espontáneamente al hijo no exculpa la renuencia a prestarse a las pruebas biológicas”⁸³.

También como exponente de esta posición, podemos citar a Claudio Gustavo Romano, que en su nota al fallo de la S.C.J.B.A. manifiesta: “El proceder paterno debe ser de evasión a la paternidad, esa es la real fuente del derecho a ser indemnizado y no simplemente de la falta de reconocimiento. La evasión paterna al reconocimiento, a la identidad del hijo, a su derecho a nombre, etc. es lo que genera la responsabilidad. El padre que sin haber reconocido expresamente a su hijo, si tuvo el hijo éste posesión de estado, si se allanó el padre a la reclamación, si esto ocurrió teniendo el menor cuatro años de edad, etc., la situación se circunscribe al emplazamiento registral y difícilmente haya generado daño ... esto hace que se concluya, que la posibilidad de conceder la indemnización por falta de reconocimiento por parte del padre dependa estrictamente de las circunstancias del caso y excluya reparaciones automáticas y mecánicas”⁸⁴.

Por lo tanto para este autor es necesario analizar como factor de atribución de responsabilidad, el dolo o la culpa del autor.

c) Tesis que propugna sólo a la culpa grave y al dolo como factores de atribución de responsabilidad por el no reconocimiento de hijo.

Dentro de esta corriente doctrinaria, se encuentra la Dra. Graciela Medina, quien al adherir a la exigencia del dolo o culpa grave como factor de atribución de responsabilidad en el derecho de familia, exige la culpa grave asimilada al dolo para

⁸³ MOLINA QUIROGA, Eduardo y Lidia E.VIGGIOLA “Responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo propio. Lesiones a la identidad. Resarcimiento del daño” J.A N° 5829, 19-V.83, pág. 902/906

⁸⁴ ROMANO, Claudio Gustavo, “Filiación. Falta de reconocimiento del hijo. Daño Moral” L.L. 1999, pag.161.

responsabilizar al progenitor no reconociente. Afirmando que “de esta manera se continúa la tradición argentina en materia de derecho de familia, ya que si bien el ordenamiento general de derecho civil no acepta la diferencia de culpa grave y leve en general, sí la aceptó siempre en el ámbito del derecho de familia”⁸⁵

Dicho criterio se cristaliza en el proyecto de reforma integrada del código civil del 1998, en el cual en el art. 1686, se legisla específicamente sobre la responsabilidad en las relaciones de familia, exigiéndose la culpa grave o el dolo como factores de atribución de responsabilidad.

Nuestra posición: No compartimos la tesis que incluye factores objetivos de atribución de responsabilidad, pues es ineludible el tratamiento de los factores subjetivos de atribución de responsabilidad.

En este aspecto compartimos las reflexiones del Dr. Pedro Di Lella, publicado en su trabajo comentando el fallo de la S.C.J.B.A. al cual hiciéramos referencia ut supra, cuestiona “¿cuál es la situación del varón que mantuvo relaciones sexuales y se pregunta qué le manda la ley hacer?”⁸⁶

El mencionado autor contesta que, si como afirma el fallo, el hombre responde por los daños independientemente de su culpa o negligencia, lo que se está sosteniendo es que si se mantuvieron relaciones sexuales con una mujer se está obligado a reconocer a los hijos que ésta tenga. Concluyendo que todo varón que mantiene relaciones sexuales con la madre al tiempo de la concepción, como está por un principio de buena fe procesal obligado a reconocer tal hecho y ello bastar para

⁸⁵ MEDINA, Graciela, Revista del Derecho de DañosNº6. Daño Moral. “Daño extrapatrimonial en el Derecho de familia y el proyecto de código civil unificado de 1998”, Pág. 91.

⁸⁶ DI LELLA, Pedro, “Del daño moral por el no reconocimiento inculpable del hijo” publicado en J.A. 1999 –III- 499

admitir la acción de reclamación de la filiación, en realidad está obligado a reconocer al hijo, salvo que pruebe que conocía que la madre tuvo relaciones sexuales con otro.

Por lo tanto todos los hombres que han mantenido relaciones sexuales con una mujer que ejerce la prostitución están obligados a reconocer al niño a riesgo de que si no lo hacen, el que lo sea, deberá indemnizar los daños que, aún sin culpa ni negligencia, ocasionó al niño indudablemente ajeno a estas situaciones.

Consecuentemente, se está creando una presunción de la paternidad del hombre que tuvo relaciones sexuales con una mujer, sin exigir siquiera el concubinato.

Además de compartir el pensamiento esgrimido por el Dr. Di Lella, no adherimos al criterio sustentado por el fallo transcripto de la S.C.J.B.A., por omitir tratar los factores de atribución de responsabilidad, arribando en consecuencia a la misma conclusión que la tesis que incluye los factores objetivos de responsabilidad.

En el fallo referido no se valoraron las razones que justificaban la responsabilidad del demandado, y por ende se omitió la explicación axiológica de la obligación de resarcir el perjuicio. Consideramos que era menester realizar un juicio de valor, que permitiera determinar si el demandado debía o no responder.

Entendemos que tal posición, implica atribuir objetivamente la responsabilidad del progenitor demandado; lo expuesto está en contra no sólo de la doctrina mayoritaria sino también en contra de la ley vigente, que exige factores subjetivos de responsabilidad.

En el fallo analizado se sostiene que basta la antijuridicidad y la causalidad para fundar la responsabilidad.

Se arriba a la conclusión que la mera antijuridicidad (el no reconocimiento de hijo) es el fundamento de la responsabilidad.

Cabe recordar que la antijuridicidad es un presupuesto objetivo de la responsabilidad (basado en la contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico), por lo tanto, dicho elemento no basta para justificar la responsabilidad. Pues cuando el legislador ha querido fundar la responsabilidad en la objetividad, expresamente lo ha contemplado.

La S.C.J.B.A., también sostiene que la existencia de daño genera el derecho a indemnizar por el no reconocimiento de hijo. Por lo tanto sólo se debe analizar la causalidad, independientemente del elemento subjetivo.

Creemos que la relación de causalidad, también trasunta un problema de imputación, pero de orden fáctico: atribución material de un resultado a un hecho fuente⁸⁷. Pero reiteramos, en el fallo analizado no se realizó la imputación valorativa, es decir se omitió la atribución jurídica del deber de resarcir.

Consideramos que los factores de atribución de responsabilidad necesarios para generar derecho indemnizatorio, son el dolo o culpa, pero sin realizar distinguos en cuanto a esta última. Es injusto dejar sin derecho a indemnización los casos de negligencias, imprudencias o impericias comunes. Pero creemos inevitable el tratamiento de la imputación valorativa para determinar el deber jurídico de resarcir.

Por lo tanto no coincidimos con la tesis que exige como factor de atribución de responsabilidad el dolo y la culpa grave.

⁸⁷ ZAVALA DE GONZALES, Matilde, “Resarcimiento de daños, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños”, Editorial Hammurabi S.R.L., 1999, Buenos Aires, pág. 355.

El hijo no reconocido no ha tenido participación en su procreación; por ende sus progenitores deben asumir mayores cuidados para evitar daños al nuevo ser.

En este aspecto compartimos la opinión de la Dra. Nelly Minyersky., quien afirma: “Mantener relaciones sexuales no está prohibido por la ley, pero tiene una probable consecuencia: la procreación. Esta conlleva la obligación de emplazar a ese niño en el estado de familia que le es debido a su realidad biológica. Puede ser un efecto no querido, pero desde el momento que se gesta un niño, éste se transforma en un ser con entidad propia, en un sujeto de derechos independientes.”⁸⁸

Además, sostenemos que exigir culpa grave o dolo, evitando sancionar los comportamientos que conlleven culpa común, evidencia la vieja ideología que consideraba que la responsabilidad imputada a un miembro de la familia es un elemento desquiciante que quiebra la armonía del grupo, es un acto de dureza o crueldad de la víctima respecto del victimario, que olvida el deber de piedad o consideración, atendiendo a los intereses del perjudicado –que pasarían a ser “inferiores”-, se atacan “los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad y al sentimiento de justicia de la comunidad”⁸⁹.. Sin embargo, disentimos con el criterio transcripto, mientras que compartimos la idea que afirma: “La protección de la familia no se hace con la aplicación de criterios estrictos, que pretenden una familia que no es,

⁸⁸ MINYERSKY, Nelly “Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución”, incorporado en la obra “La responsabilidad” Homenaje al profesor doctor Atilio Goldemberg” Directores Atilio Aníbal Alterini-Roberto M, López Cabana, edit. Abeledo Perrot. Págs. 549-562-

⁸⁹ Conforme cita N°7. Recomendación expuesta en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones. Santa Fe. 1990. Pág. 11. Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones familiares. “Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares” por Jorge Mosset Iturraspe. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires. 2001.

en la cual quien debe dar ejemplo y educación se comporta en forma totalmente indolente”⁹⁰.

En definitiva, creemos que son aplicables los principios generales de responsabilidad civil en el derecho de familia, por lo tanto es menester acreditar todos los presupuestos de responsabilidad exigidos en el derecho civil:

1. **Antijuridicidad:** o sea la existencia de un actuar contrario a derecho que aparece configurada con el no reconocimiento de hijo.

2. **El daño:** Deberá distinguirse entre daño moral y material. Con respecto al daño moral en ciertos casos existirá *in re ipsa*, en otras circunstancias deberá realizarse una evaluación fáctica para determinar su existencia. En este punto cabe distinguir: entre el daño moral, por no contar con el apellido paterno y no haber sido considerado hijo del progenitor en los medios sociales, del derivado de las carencias afectivas, pues ello pertenece al aspecto espiritual de las relaciones de familia, como dice el Dr. Bossert, en su voto de la C.N.Civ., Sala F., 19-X-89, L. 41.325.

Con relación al daño material en todos los casos deberá ser probado y no en todos los supuestos producirse. Estos daños se configurarían por las carencias materiales que la falta de reconocimiento del progenitor le ocasionó al hijo.

3. **Nexo de causalidad:** Es la atribución de un resultado a un hecho fuente. Por lo tanto en los supuestos de no reconocimiento de hijo, el nexo de causalidad se configuraría ante el no reconocimiento y el daño provocado al hijo.

^{90 90} ROMANO, Claudio Gustavo, “Filiación. Falta de reconocimiento del hijo. Daño Moral” L.L. 1999, pag.164.

4. Factor de atribución de responsabilidad: Sostenemos que en el tema específico de indemnización por no reconocimiento de hijo, es necesario la existencia de dolo o culpa, sin realizar distingos en cuanto a ésta última. Es injusto dejar sin derecho a indemnización los casos de negligencias, imprudencias o impericias.

Descartamos a los factores de atribución de responsabilidad de naturaleza objetiva, como generadores de derecho de indemnización por no reconocimiento de hijo, por los argumentos explicados en el desarrollo de este trabajo.

Con relación a este presupuesto se coincide en que se trata de un caso de responsabilidad subjetiva. La omisión es reprochable en tanto el progenitor incurre en ella intencionalmente, siendo sólo causales de eximición la ignorancia del embarazo, creencia razonable en la propia esterilidad basada en análisis anteriores fehacientes, ocultamiento del parto⁹¹, etc. Puede existir imposibilidad de reconocimiento que exime también de responsabilidad, circunstancia que se produce cuando el hijo no puede ser reconocido por el padre extramatrimonial por gozar de la presunción de paternidad del marido de la madre.

Si bien – como se dijo – se está ante un supuesto de responsabilidad subjetiva, es decir atribuible a título de dolo o culpa, careciendo la reparación del daño moral de carácter punitivo, y siendo por ende de naturaleza eminentemente resarcitoria, ninguna importancia tiene determinar si la actitud puede calificarse de dolosa o culposa, desde que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpa. Esta tesis prevalece hoy en forma pacífica, siendo la relación causal y la magnitud del daño determinantes del quantum indemnizatorio, no la mayor o menor reprochabilidad del autor. Se centra el análisis en la “víctima” y en la reparación, y no en la conducta del

⁹¹ ZANNONI, Eduardo, “Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontaneo del hijo”, L.L. T. 1990-A-1.

autor del daño, considerando así como eje de la política tuitiva al menor y sus derechos, concepto que hace a su propia consideración como sujeto de derecho⁹².

2.1.1.5 La Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia

a. Generalidades.

Los principios generales que regulan la responsabilidad civil extienden su aplicación a distintas ramas del derecho, dentro de las cuales se encuentra el Derecho de Familia.

En el tema que nos convoca, incide la evolución experimentada en el mundo jurídico hacia la consideración de la persona como centro de protección, quedando atrás una concepción del Derecho de contenido patrimonial y carente de valores humanos. Este nuevo enfoque permite un desarrollo del derecho en vinculación directa con la persona, surgiendo la necesidad de destinar los esfuerzos al estudio de variados aspectos íntimamente vinculados, como el daño a la persona.

Para *Fernández Sessarego*, el daño a la persona “... en su más honda acepción, es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Es decir se trata de un proyecto de tal magnitud, que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación”⁹³.

Coincidimos con *Mosset Iturraspe* cuando señala que el daño a la persona es un reconocimiento del valor humanidad, en el sentido de entender al hombre como

⁹² MINYERSKY, Nelly, “Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial y factores de atribución”, “La responsabilidad”, Edit. Abeledo Perrot., Pág. 549.

⁹³ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: El daño la persona en el Código Civil. Homenaje a José León Barandarián, Cuzco, Editores Perú, 1985.

un fin y no como un medio⁹⁴. En consecuencia, dentro del mismo queda comprendido todo detrimento: físico, psíquico, somático y estético; individual, familiar y social; relativos a la vida de relación, de afectos, de intimidad, de proyección⁹⁵.

Nuestro objetivo en el presente trabajo se dirige a determinar los daños producidos en la persona del hijo extramatrimonial no reconocido voluntariamente, en particular el que recae sobre el derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica (en especial la identidad filiatorio), a sus caracteres físicos y a su realidad existencial durante el tiempo transcurrido entre la procreación y el emplazamiento producto del pronunciamiento judicial en un juicio de reclamación de filiación extramatrimonial.

b. Caracteres de la Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia.

a- La responsabilidad civil derivada de relaciones familiares se ubica dentro de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, puesto que se origina por el incumplimiento de un deber legal (*alterum non laedere*) y no en virtud de un contrato.

b- El factor de atribución es la culpa o dolo.

c- La vulneración de los deberes y derechos de naturaleza familiar dan origen a daños patrimoniales y/o morales.

⁹⁴ Sobre el valor humanidad, ver: Goldschmidt, Werner: *Introducción Filosófica al Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1983.

⁹⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge: "El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Daños a la persona*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1992, p.9.

d- Resultan de aplicación las reglas generales del sistema, siendo el principio rector lo dispuesto por el artículo 1969 del Código Civil⁹⁶.

2.1.1.6 La responsabilidad civil ante la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial

2.1.1.7 El reconocimiento. Concepto. Caracteres. Efectos.

El reconocimiento es un acto jurídico familiar, mediante el cual una persona declara que otra persona es su hijo.

Es un acto jurídico (art. 140 C.C.) que tiene como fin inmediato emplazar al reconocido en el estado de hijo extramatrimonial del reconociente, y a éste último en el estado de padre o madre, trasladando al ámbito jurídico el vínculo biológico.

Como acto jurídico presenta los siguientes caracteres:

a- Voluntario: el reconocimiento depende de la declaración de voluntad del reconociente. *Bossert* en un fallo aclara: “el reconocimiento de la filiación es un acto jurídico familiar voluntario y unilateral. Esto implica que el acto en sí, destinado a emplazar al hijo, depende de la iniciativa del progenitor que reconoce y no del consentimiento o la aceptación del hijo, pero no implica que el ordenamiento niegue el derecho del hijo a ser reconocido por su progenitor; tan es así, que ante la falta del acto jurídico del reconocimiento, el hijo cuenta con acciones para obtener el emplazamiento en el estado de familia que le corresponde”⁹⁷.

⁹⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge: “Los factores subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad en las relaciones de familia”, en Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia, 2001-2, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, p.11.

⁹⁷ MENDEZ COSTA, María Josefa y D’ANTONIO, Daniel, Derecho de Familia, T.III, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p 75.

- b- Unilateral:** no requiere la aceptación del hijo (art. 395 C.C.).
 - c- No vinculante:** sólo el padre es apto para reconocer su paternidad y la madre para reconocer su maternidad. En consecuencia, el reconocimiento no se traslada respecto de quien fuera el otro progenitor. Si éste no ha reconocido a su hijo, podrá ser demandado con el objeto de obtener mediante un pronunciamiento judicial el emplazamiento filial (art. 373 C.C.). Asimismo, procede la impugnación del reconocimiento ante la inexistencia de nexo biológico entre el reconociente y el reconocido.
 - d- Puro y simple:** el reconocimiento no puede sujetarse a modalidades (condición, plazo y cargo). La modalidad prohibida es nula, no así el reconocimiento que acompaña (art. 395 C.C.).
 - e- Irrevocable:** el reconociente no puede dejar sin efecto su manifestación de voluntad. De esta forma se garantiza la estabilidad del vínculo y la seguridad jurídica (art. 395 C.C.).
 - f- Formal:** el artículo 390 del C.C. enumera las distintas formas de reconocimiento.
- En cuanto a los caracteres del reconocimiento en relación a sus efectos, se destacan:
- g- Declarativo de estado:** la filiación nace con el hecho biológico de la procreación y no con la voluntad del reconociente declarada en el acto jurídico del reconocimiento.
 - h- Retroactivo:** el reconocimiento produce efectos retroactivos a la época de la concepción del hijo.
 - i- Produce el emplazamiento** en el estado de hijo extramatrimonial y correlativamente en el de padre o madre extramatrimonial (art. 387, C.C.).

j- Constitutivo del título de estado de hijo extramatrimonial.

Este breve desarrollo, nos permite afirmar que lo querido por el sistema jurídico es el acto jurídico familiar del reconocimiento tendiente a garantizar a toda persona un emplazamiento pleno (materno y paterno). Sin embargo, si una persona no cumple con su deber jurídico de reconocer y, al mismo tiempo, su comportamiento refleja la negativa de asumir la responsabilidad como progenitor, el derecho protege al hijo mediante un mecanismo legal (acción de filiación) que facilita la determinación del vínculo y, paralelamente, se debería admitir favorablemente en la jurisprudencia solicitar la reparación del daño causado por la falta de reconocimiento espontáneo.

2.1.1.8 Procedencia y presupuestos.

La condición sine qua non para solicitar la reparación del daño, sería la sentencia que da lugar a la reclamación de filiación extramatrimonial. Se puede optar por acumular ambas acciones, pero la acción de daños y perjuicios dependerá que la acción de reclamación de filiación llegue a feliz término. En el caso que se interpongan separadamente, la acción de daños y perjuicios prescribe a los dos años de haber logrado el emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial.

Cumplida esta primera etapa, debe analizarse si en el caso se encuentran reunidos los presupuestos de la responsabilidad civil: antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad.

Antijuridicidad: comportamiento en contradicción con el ordenamiento jurídico. La actitud omisiva configura un acto antijurídico. En efecto, *Mosset Iturraspe* señala que “La antijuridicidad de la omisión deviene, claro está, de la transgresión de una obligación jurídica de obrar, pero con un alcance amplio que abarca los deberes

legales y también los impuestos por las buenas costumbres y el orden público, al igual que los dictados por la buena fe. La omisión puede ser antijurídica por ilicitud pero puede serlo, además por ser abusiva. En el abuso del derecho... se encuentra el gran veneno de la omisión antijurídica”⁹⁸.

El deber legal de reconocer a un hijo nace para el progenitor con el acto procreacional. La procreación natural es un hecho donde intervienen dos personas, hombre y mujer, debiendo ambos asumir respectivamente su paternidad y maternidad. En consecuencia, la actitud omisiva de no reconocer es ilícita. El derecho del hijo a ser emplazado como tal es correlativo al deber que tiene el progenitor de reconocerlo.

Imputabilidad o Factor de atribución: la omisión del reconocimiento puede ser dolosa o culposa, según medie intención de dañar o sólo negligencia⁹⁹. No se trata de una responsabilidad objetiva derivada de la falta de reconocimiento, sino que la conducta omisiva se la repudia en tanto el progenitor incurre en ella intencionalmente o negligentemente, sustrayéndose a los deberes que nacen del acto procreacional. En definitiva, será responsable aquel que no pueda justificar un error excusable que exime la responsabilidad de quien más tarde es declarado padre o madre. Así, por ejemplo, ignorancia de que la mujer había quedado embarazada y dio a luz al hijo, creencia en la propia esterilidad basada en análisis anteriores confiables. Debe valorarse la conducta del progenitor antes y durante el juicio: una justificada negativa a reconocer voluntariamente al hijo no eximirá la renuencia a prestarse a la prueba en sede judicial¹⁰⁰.

⁹⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños

⁹⁹ MAKIANICH DE BASSET, Lidia y GUTIERREZ, Delia: “Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión del reconocimiento voluntario del hijo”, en LL, 1989-E.p. 533

¹⁰⁰ ZANNONI, Eduardo: “Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontaneo del hijo”, en LL, 1990-A-p.1.

Por lo expuesto, no procede la reparación de perjuicios fundados en una responsabilidad objetiva. En todos los casos la responsabilidad será subjetiva. No obstante, siendo de aplicación el principio *alterum non laedere*, la prueba de la culpa no será siempre necesaria, puesto que basta acreditar el daño injusto para fundar la acción¹⁰¹.

Daño: el daño puede ser material o moral. La concurrencia de estas dos categorías es independiente y puede presentarse cualquiera de ellas en forma autónoma.

La falta de reconocimiento produce un daño moral en la persona del hijo, puesto que la falta de determinación del vínculo implica la privación de la titularidad y goce de los derechos emergentes del emplazamiento filial y, al mismo tiempo, el no poder acceder a un título de estado le impide el uso del apellido del progenitor biológico (elemento integrante de su identidad).

Brebbia caracteriza el daño moral como “la lesión a un bien o interés extrapatrimonial o, si se quiere mayor precisión, como la violación de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, ya que lo que caracteriza al daño jurídico es la conculcación o menoscabo producido a la protección que el derecho otorga al bien que recibe la tutela”. Conforme a esta definición y teniendo en cuenta que los derechos y deberes que forman el derecho de familia son, en su mayor parte, de orden extrapatrimonial; conducen al jurista a sostener que la teoría del daño moral es de suma importancia en este ámbito del derecho¹⁰².

¹⁰¹ ZAVALA DE GONZALES, Matilde: Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños”, T.IV, Hammurabi, Buenos Aires, 1999. P. 81.

¹⁰² BREBBIA, Roberto: “El daño moral en las relaciones de familia”, en Derecho de Familia. Homenaje a la profesora Doctora María Josefa Méndez Costa, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1990, p.347

El daño moral por falta de reconocimiento se proyecta en distintas aspectos:

- a- Perjuicio psicológico: la falta de determinación del vínculo produce perturbaciones en el siquismo infantil.
- b- Ausencia de un vínculo filial pleno (materno y paterno).
- c- Vulneración del derecho a la identidad.
- d- Discriminación en el ámbito social.
- e- Perjuicios que están vinculados con la falta de exteriorización jurídica del presupuesto biológico, traducidos en la privación de derechos subjetivos emergentes del título de estado. Por ejemplo, no se puede exigir el cumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad (crianza, asistencia, educación, debida comunicación, etc.).

Corresponde aclarar que no integran rubros indemnizables aspectos espirituales no integrantes de categorías jurídicas, tales, como, la falta de amor y de afecto. Sobre el particular y a pesar del paso de los años, merece transcribirse parte del voto del *Dr. Bossert* en un fallo de la Cámara Nacional Civil, sala F del 19 de octubre de 1989: "... No se trata, en cambio, del resarcimiento por las carencias afectivas que pudo hallar en estos años, frente a su progenitor, ya que ello pertenece al aspecto espiritual de las relaciones de familia, sobre el cual el derecho no actúa, salvo que trasciendan en determinadas conductas, como son por ejemplo, el abandono, que permitirá accionar por privación de la patria potestad, la falta de asistencia, que permitirá demandar alimentos, las injurias graves entre cónyuges que dan lugar al divorcio, etc., pero lo que aquí se debe resarcir, específicamente es el daño que deriva

de la falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario. Adviértase que de no precisarse así la cuestión, el hijo reconocido y que incluso convive con sus padres, podrá demandar la indemnización a éstos por ausencia de muestras de afecto y apoyo espiritual”.

En cuanto al daño material debe ser cierto, susceptible de ser acreditado en forma efectiva y concreta.

Causalidad: es la relación entre la conducta antijurídica y el daño. La conducta omisiva por si misma ocasiona el daño. Corresponde el resarcimiento de los daños que sean consecuencia inmediata o mediata, previsible del no reconocimiento (arts. 1984 C.C.) y el daño moral causado al hijo que es el damnificado directo (art. 1985 C.C.).

2.1.1.9 Fundamento de la responsabilidad civil por falta de reconocimiento.

El fundamento lo encontramos en el principio constitucional *alterum non laedere*, esta regla general se complementa, en el supuesto sujeto a análisis, con la vigencia en el plano constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño cuyo principio rector es el interés superior del niño (art.3, C.D.N.)¹⁰³.

¹⁰³ Art. 3, C.DN: 1”En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2 Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3 Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la asistencia de una supervisión adecuada”

2.1.1.10 El reconocimiento y la protección del derecho a la identidad.

La falta de reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial conlleva a la privación del derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica, a los caracteres físicos de la persona y a su realidad existencial.

Nos servimos de la visión de Zannon¹⁰⁴. Sobre el derecho a la identidad, por compartir el criterio de entenderlo como un proceso que nace con la concepción y se extiende durante toda la vida de la persona. Para este autor la identidad admite tres dimensiones:

Identidad personal en referencia a la realidad biológica: es el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde. A esta y a las otras dimensiones hace referencia la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 7 y 8¹⁰⁵. Dentro de esta dimensión se comprenden dos aspectos:

1. ***Identidad genética:*** abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible.
2. ***Identidad filiatorio:*** resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres. Este

¹⁰⁴ CHIERI, Primorosa y ZANNONI, Eduardo: La Prueba de ADN, Astrea, Buenos Aires, 1999.

¹⁰⁵ Art. 7, C.D.N.: “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Art. 8, C.D.N.: “Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

aspecto de la identidad no se presenta completo en los supuestos de falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial.

3. *Identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona:* comprende los rasgos externos de la persona que la individualizan e identifican como: los atributos de la personalidad, la propia imagen. En cuanto los atributos de la persona, la falta de reconocimiento impide el uso del apellido del progenitor no reconociente.

4. *Identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona:* realización del proyecto existencial de la persona: sus pensamientos, creencias, ideologías, costumbres. La falta de reconocimiento afecta la vida del hijo en todos los aspectos incluidos en esta dimensión.

Como oportunamente apuntamos, uno de los caminos para subsanar estas limitaciones es promover una acción de reclamación de filiación extramatrimonial, paso previo necesario para la procedencia de una reparación. Entendemos que en estos casos el “daño a la identidad” es de entidad suficiente para el reclamo, puesto que limita el desarrollo integral del hijo, afectando su proyecto de vida al ser fraccionada en un antes y un después del reconocimiento.

2.1.1.11 Los derechos del niño frente a la filiación

Aunque parezca una verdad de Perogrullo, todo niño tiene un padre y una madre biológicos, pero para que esa relación tenga relevancia jurídica, el nacimiento debe estar inscripto en el Registro Civil de acuerdo a las pautas que establece el artículo 390 del Código Civil, o bien mediante una sentencia judicial que lo declare tal. En lo que al padre respecta, el reconocimiento debe producirse voluntariamente, o de manera

forzada a través de una sentencia o por la presunción instituida en los artículos 402 y siguientes del código de fondo.

La falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial constituye un hecho ilícito según lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil. Y esto es así puesto que viola numerosas normas de los distintos ordenamientos jurídicos vigentes en nuestro país. No sólo se alza contra los artículos 1969, 1984, 1985, y concordantes del mencionado cuerpo legal, sino también contra Constitución Política del Estado, toda vez que es más que evidente que el acto omisivo de no reconocimiento del hijo extramatrimonial es una acción que perjudica a un tercero, en este caso al niño. Asimismo, es atentatorio de lo dispuesto en el artículo 423 de nuestro Código Civil ya que evade la obligación de alimentos y asistencia de padres e hijos, que supone el previo reconocimiento.

Más allá de eso, desde que nuestro país se hiciera parte de los tratados sobre derechos humanos, entre ellos el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre Derechos del Niño. Centrados especialmente en esta última, su artículo 7º dispone: "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos". Resulta incuestionable que la falta de reconocimiento espontáneo es un obrar en violación de esta norma y, por ende, constituye un acto ilícito, pues vulnera el derecho del hijo a ser emplazado en el estado de familia que corresponde a su filiación, negándole su derecho al nombre y privándolo de los cuidados a los cuales obliga el artículo en análisis.

En cuanto al Pacto de San José de Costa Rica se refiere, el artículo 17, inciso 5º, establece que la ley debe equiparar los derechos de las filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales. La nueva Constitución del Perú ha cumplido dicho mandato con la

inclusión del artículo 6 que otorga trato igualitario a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, sin hacer distinción entre ellos. De ello se colige que es un deber del padre reconocer al hijo extramatrimonial y la consecuente ilicitud de su omisión, ya que éstos tienen derecho a emplazar su filiación completa, tanto materna como paterna. Otra solución sería discriminatoria.

Si bien el derecho a emplazamiento en el estado de familia no está consagrado expresamente en la Constitución Política, surge implícitamente del artículo 2 porque hace a la dignidad y a la identidad personal y del artículo 7 que establece la protección integral de la familia.

Por otra parte el estado de familia es un innegable atributo de la persona que la falta de reconocimiento violenta sin ninguna justificación aceptable.

Avalan esta tesitura las normas que sancionan la omisión del reconocimiento, tales como los artículos 436 inc. 1 y 463 inc.3 del Código Civil. El primero impide, ante la falta de emplazamiento, al padre remiso, gozar del usufructo de los bienes de los hijos menores, mientras que el segundo declara indigno de suceder al hijo, al padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menoría de edad o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna.

2.1.1.12 Responsabilidad ante la falta de reconocimiento paterno.

La responsabilidad que le cabe a los progenitores ante la falta de reconocimiento paterno de los hijos, cuestión que incluye tanto los supuestos en los cuales el padre se sustrae a reconocer voluntariamente a su descendencia, como así

también a la madre, cuando dicha falta de reconocimiento proviene de una conducta que le es imputable, la que se verifica cuando obstaculiza al no permitir la identificación del padre, o no ejerce la acción de filiación en representación de su hijo.

El abordaje precedente merece una previa reflexión en relación al derecho a la identidad. En efecto, creemos que la falta de emplazamiento y el consecuente daño que ello puede ocasionar, vulnera un derecho personalísimo, concretamente configura una violación al derecho de identidad personal. Tal derecho aparece consagrado en los artículos 7 y 8 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, los que confieren a los hijos el derecho de conocer a sus progenitores y a tener su identidad. Esta Convención tiene hoy jerarquía constitucional, dado que ha sido incorporada a nuestra Carta Magna mediante el art. 6.

Al tratarse de un ser en permanente formación, el niño busca su propia identidad, y toda frustración o entorpecimiento en esa búsqueda repercute en su persona, en tanto la identidad es el presupuesto que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás componentes de su propio “ser”.

Para D’ Agostino, la libertad, para poder ser ejercitada, presupone siempre la posesión de la propia identidad. Tal afirmación evidencia la magnitud que reviste ese derecho fundamental, derivado de su inescindible vínculo con la libertad individual¹⁰⁶.

Más aún, creemos que está en el espíritu de la ley evitar que un hijo quede sin reconocimiento de los padres; y así, sería factible establecer normas específicas a fin de suplir la inercia o desaprensión de los progenitores, a través de los profesionales

¹⁰⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge y Otros, “Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores”, Editorial Rubinzal Culzoni, 1998, pág. 224.

que atienden el parto o, a través del Ministerio Público; y también podría admitirse el reconocimiento formulado en instrumento privado para que de validez al reconocimiento contenido en actos de última voluntad aún formulados en forma incidental e inclusive, establecer como causa de indignidad para suceder al hijo, la falta de reconocimiento voluntario del padre o la madre.

A más de las normas aludidas, que se debería incluir dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para evitar como dijimos la falta de emplazamiento en el estado de familia, en este sentido la jurisprudencia también estaría avanzado admitiendo responsabilidad en cabeza de los progenitores que no reconocen voluntariamente a sus hijos. En cuanto a la madre, si bien desconocemos la existencia de precedentes en los cuales se la condene a resarcir daños producidos por una falta de reconocimiento que le es imputable, entendemos que existe una corriente doctrinaria y jurisprudencial tendiente a atribuirle responsabilidad.

(i) 2.1.1.13 Responsabilidad materna ante la inacción judicial para lograr el reconocimiento

Precedentemente hemos analizado la responsabilidad que le incumbe al progenitor que no reconoce voluntariamente a su hijo.

Cabe ahora el tratamiento de la responsabilidad que le cabe a la madre cuando dicha falta de reconocimiento proviene de una conducta que le es imputable.

Por último, trato aquí un aspecto de importancia. Se ha sostenido aisladamente que la madre comparte responsabilidad con el padre por la falta de

emplazamiento en el estado filial conforme al nexo biológico. Para ello se ha dicho, que los daños en el menor bien se pudieron evitar si la madre hubiera iniciado acción de reconocimiento de la filiación extramatrimonial inmediatamente después del nacimiento.

Esta afirmación no puede más que rechazarse. En efecto, la madre no ha incurrido en acto ilícito alguno que genere responsabilidad civil, puesto que ha cumplido con su parte, llevando el parto hasta el final, asistiendo al niño afectivamente y alimentándolo por sí sola, esto es, cumpliendo con su rol de madre. Por el contrario, el padre no ha actuado de manera recíproca, pues ha eludido reconocer voluntariamente al hijo cuya paternidad se le atribuye, y –para el caso de tener dudas razonables sobre esa paternidad– tuvo a su alcance los medios científicos y procesales como para confirmarla y cumplir con su obligación legal. No es viable exigir de la madre una conducta tendiente a remediar lo que el padre no ha hecho debiendo hacerlo, sin perjuicio de que la madre puede haber tenido razones más que atendibles y de variada índole como para no promover un juicio de filiación.

La madre es la única persona capaz de conocer la exactitud de la realidad biológica de su hijo, por consiguiente es quien sabe a ciencia cierta quién es el padre del niño que ha concebido. El vínculo materno es prácticamente innegable y sólo en casos muy especiales podrá ponerse en tela de juicio. Sin embargo, no sucede lo mismo con el vínculo paterno.

A través de la reforma al Código Civil que esta a portas de entrar en vigencia se busca la vinculación jurídica del hijo con ambos padres, pero en lo que al padre respecta, esta finalidad puede encontrarse estorbada por un actuar negligente o intencionado de la madre. Y esto puede producirse por la falta de comunicación de la mujer de su embarazo y ulterior nacimiento de la criatura, por negarse a promover

acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial en representación de su hijo, por no brindar información a la RENIEC para que el niño sea reconocido con sus verdaderos apellidos.

De esta manera se estaría violando el derecho del niño de gozar de un emplazamiento en el estado de familia correspondiente, vulnerando también su derecho a la identidad y configurando, por ende, una conducta ilícita pasible de sanción a través de la aplicación de las normas relativas a la responsabilidad.

Cuando el actuar de la madre consiste en la omisión de comunicar al padre la concepción y el posterior nacimiento, éste no podrá efectuar el reconocimiento por ignorancia de la situación y esa responsabilidad que no podrá aplicársele se traslada a la mujer por provocar un evidente perjuicio para el hijo.

Cuando la madre demora, sin razones que la justifiquen, u omite entablar la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial como representante del menor, ocasiona el mismo daño que origina la situación expuesta precedentemente. Aún cuando posteriormente promoviera la demanda, esa sola demora puede ser dañosa por la falta temporal del padre que ha tenido que soportar el hijo sin estar obligado a ello, provoca que el niño quede sin emplazamiento paterno con sus ineludibles consecuencias.

Lo que genera responsabilidad en la madre, en estos casos, no es sólo su actuar omisivo, sino también, y particularmente, su actitud obstruccionista.

Azpiri señala que "el derecho a resguardar su intimidad, al no revelar con quién ha mantenido relaciones sexuales, que se encuentra amparado por el artículo 06 de la Constitución Política mantiene incólume en tanto esas acciones privadas no perjudiquen a un tercero", como dice la norma y es evidente el perjuicio para el hijo

que resultaría si no promoviera o facilitara la acción de emplazamiento"¹⁰⁷. Se da, en este caso, una situación similar a la que planteáramos al referirnos a la responsabilidad del padre cuando dijimos que el actuar privado omisivo del reconocimiento sale de la esfera de Dios para entrar en la de los magistrados por causar un perjuicio a un tercero, es decir, al hijo.

Concurren, de esta manera, los presupuestos básicos de la responsabilidad exigidos por la legislación, cuales son:

- obrar antijurídico por una conducta deliberada de la madre que impide, obstaculiza o demora el emplazamiento de su hijo respecto de su padre;
- hay un daño evidente;
- existe un nexo causal entre sus actos y el perjuicio ocasionado y;
- no se evidencian causales justificativas que descarten la imputabilidad.

En efecto, la madre puede obstaculizar el reconocimiento al no permitir la identificación del padre, mediante ocultamiento de su nombre u omisión de las gestiones necesarias para determinar esa filiación. Tal falta u obstaculización constituye la forma más grave de discriminación, implicando la violación del deber jurídico de no dañar a otro, pues con ello se priva al niño de su condición legal.

Del mismo modo que hemos sostenido que existe el deber jurídico del padre de reconocer a su descendencia, también existe obligación de la madre de promover la acción judicial, ya sea en representación de su hijo menor, quien tiene facultades para ello conforme lo dispone el art. 407 del C. Civil. En este último caso, es

¹⁰⁷ AZPIRI, Jorge, "Daños y perjuicios en la filiación", Revista de derecho de Familia, Tomo 20, Lexis Nexis –Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, pag.38

sólo la madre quien está en condiciones de suministrar los datos de identidad del padre biológico, único modo que permite acceder a la justicia.

Arribamos a dicha conclusión por aplicación de los mismos principios aludidos al tratar la responsabilidad paterna. Es decir, si bien también se advierte aquí la inexistencia de dispositivo legal que imponga en cabeza de la madre el inicio de la acción, o cuanto menos ofrecer la información, su omisión importa un hecho ilícito. Reiteramos aquí que la configuración del ilícito no requiere de norma expresa que imponga la obligación de cumplir el hecho omitido, siendo suficiente que el ordenamiento jurídico ponderado en su integridad desaprobe dicha actitud. Por ende, si los artículos 7 y 8 de la Convención Sobre los Derechos del Niño confieren al hijo el derecho a conocer a sus progenitores y tener su identidad, existe responsabilidad materna ante el daño que pueda ocasionar con su conducta, ya sea por inacción, accionar negligente por demorar innecesariamente el juicio, o por ocultar datos tendientes a identificar la persona del progenitor biológico. En estos casos, el daño se configura “por el obstáculo que supone la conducta antijurídica de la madre en pos de la identidad entre la realidad jurídica y la biológica. Si bien podemos decir que nos encontramos ante un caso de atipicidad del ilícito, la existencia de un daño injusto nos sujeta a las normas generales de imputación de responsabilidad”¹⁰⁸.

En esta línea de pensamiento en nuestro país no se ubican o no existen fallos en los cuales la madre sea condenada a resarcimiento alguno, el hecho de que la madre no accione con prontitud, hasta la fecha no es considerado como un ilícito generador de daños para el menor, y por lo tanto no se ha ponderado suma alguno para fijar el monto indemnizatorio. En el caso de Argentina existen casos, en el que ya se

¹⁰⁸ MINYERSKY, Nelly, “Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial y factores de atribución”, “La responsabilidad”, Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldemberg, Edit. Abeledo Perrot, 561.

dio el primer pronunciamiento judicial ya que en ese país se admite el resarcimiento del daño de una menor por omisión en el reconocimiento paterno, y se atribuyó la responsabilidad de ambos progenitores. Respecto a la madre, le cupo responsabilidad por la negligencia (demora en promover las acciones correspondientes), pues de haber efectuado el reclamo pertinente a poco del nacimiento, o tras una prudente espera, hubiera ahorrado a la hija gran parte del daño moral sufrido en su vida de relación.

Comentando el fallo aludido, la Dra. Graciela Medina opina que no se puede retacear la indemnización debida al hijo por falta de ejercicio de la acción por parte de la madre. La autora citada sostiene que la conducta de la madre no es antijurídica, dado que la acción es imprescriptible. Al niño no se lo priva de un derecho si no se acciona, el daño está causado por la falta de reconocimiento, no por la falta de accionar judicial para lograrlo. La madre no se encuentra legitimada por sí para iniciar una acción de determinación de la paternidad, ella la ejerce en representación del hijo o en su caso subrogándose en los derechos del hijo. Múltiples motivos pueden llevar a la madre a no querer accionar judicialmente, como por ejemplo la búsqueda de una solución extrajudicial, la promesa del reconocimiento espontáneo, etc.; por lo que no parece lógico compensar la culpa del padre con la inacción procesal de la madre”¹⁰⁹.

Si bien entendemos que la conducta negligente de la madre al demorar injustificadamente el inicio del juicio no puede fundar una reducción del quantum indemnizatorio, pues en definitiva sólo perjudica al menor, estimamos que la imprescriptibilidad de la acción para el hijo no resulta excusa frente a la inacción de la madre. En tanto dicha conducta implica infringir un deber jurídico susceptible de ocasionar un daño, debe responder en la medida que contribuyó a su producción.

¹⁰⁹ MEDINA, Graciela, Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo, publicado en L.L. 1998-III-1172.

Asimismo, no encontramos colisión de derechos que justifique el proceder de la progenitora que incumple la referida obligación. En efecto, suele acudir en estos casos al recurso de invocar el derecho a la intimidad, sosteniéndose que no hay razón alguna que autorice a privilegiar la identidad del menor. Sin embargo, tal conflicto no se genera, en la medida que el acto procreacional trasciende el ámbito íntimo de las personas, es decir “engendrar un hijo es una acción privada autorreferente sólo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí en más, concebido el hijo, ninguna supuesta intimidad o privacidad - ni del padre, ni de la madre, ni de ambos en común - puede alegarse para frustrar los derechos del hijo, ni durante su gestación, ni después de nacido. Argüir que mediante ese proceso se lesiona la intimidad de los padres que espontáneamente no han reconocido a sus hijos extramatrimoniales, es sustraer de su tabernáculo, pero de modo bastardo, un derecho tan valioso como el de la privacidad, que no ha sido reconocido constitucionalmente para perjudicar - invocando su ejercicio - derechos ajenos”¹¹⁰

Si bien la doctrina, y en especial la jurisprudencia, se han ocupado del contenido y extensión de la responsabilidad paterna, no han avanzado del mismo modo en relación a la responsabilidad que le cabe a la madre cuando la ausencia de reconocimiento resulta de algún modo imputable a su conducta. No obstante, importando su actitud el incumplimiento de un deber jurídico, debe resarcir los daños que ocasiona. Mantenerla indemne resulta discriminatorio, violenta preceptos constitucionales, a la par que fomenta la actitud individualista de las progenitoras de considerar a los hijos como de su propiedad.

¹¹⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., “El emplazamiento judicial de la paternidad y la filiación extramatrimonial: sus perspectivas constitucionales”, ED, 145-422.

2.2.2.1 Reparación del daño moral. Cuantía y naturaleza jurídica.

Si bien parece chocante el resarcimiento en dinero cuando se trata de reparar un dolor o sentimiento tan íntimo, es la única que aparece como viable. Siendo imposible volver a la época de la concepción y reparar en especie el daño provocado, la indemnización tomará el carácter de compensatoria.

No corresponde fijar una tarifa única o tener en cuenta para su determinación el tiempo transcurrido entre la concepción y el reconocimiento, evitándose de esta manera, una especulación en cuanto al momento de promover la acción.

Por estas razones, la cuantía quedará sujeta a la discrecionalidad del juez, quién deberá encontrar un punto medio que impida un enriquecimiento ilícito o una reparación simbólica a favor del demandado. Si bien el daño moral es el mismo para el hijo, cualquiera sea su posición social, el juez debe ponderar las situaciones particulares del caso sujeto a su decisión.

Vinculado con la determinación del quantum, se plantea la cuestión referida a la naturaleza jurídica de la indemnización. Si estamos frente a una sanción o a una reparación. Nos inclinamos por su función reparadora.

El concepto de reparación abarca el reintegro monetario equivalente a los valores patrimoniales del daño emergente y lucro cesante, así como el comprendido en el rubro daño moral. Si bien en lo patrimonial se pretenderá la equivalencia entre el

resarcimiento y el daño efectivamente sufrido, en el ámbito del daño moral, se buscará una cifra que represente el sufrimiento padecido por el dañado¹¹¹.

2.2.2.2 La existencia y cuantía del “daño moral”:

Con respecto a la existencia cierta de daño moral o extrapatrimonial ocasionado por la falta de reconocimiento voluntario, tiene dicho la jurisprudencia que “la omisión de reconocimiento espontáneo de un hijo, configura un hecho ilícito violatorio de los arts. 1321, 1322, del Código Civil, y de los arts. 17, incs. 4 y 5, 19 y 32, inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica. Dicha falta, por la consiguiente omisión del rol paterno, provoca en el menor un padecimiento o mortificación propio de la ausencia de esta figura en las distintas manifestaciones de la vida social, y crea un derecho a un resarcimiento por el agravio moral”.

En cuanto a la prueba de la existencia de este agravio moral, unánime y acertadamente se sostiene que “surgirá generalmente *in re ipsa*, pues el menor sin nombre sufre una verdadera lesión en sus afecciones legítimas”.

En el fallo del Dr. Arazi, que sentó precedente en el tema, se lee que: “debe tenerse por acreditado el perjuicio por la sola comisión del hecho antijurídico, desde que se trata de una prueba *in re ipsa* que surge de los hechos mismos. Si así no fuera, no haría falta mayor esfuerzo probatorio para acreditar lo que es obvio y notorio: el transitar por la vida sin más apellido que el materno, sin poder alegar la paternidad, causa en cualquier persona un daño psíquico marcado . En este cuadrante cabe señalar que no obstante resultar indiferente el grado de culpabilidad que cabe al demandado, tiene importancia ponderar que él es el progenitor de la actora, factor que tiene

¹¹¹ KRASNOW, Adriana Noemí: Pruebas Biológicas y filiación, UNR Editora, Rosario, 1996, p.89.

influencia sobre la intensidad objetiva del agravio causado a quien resulta víctima del mismo”.

Que el daño moral se defina por la actividad dañosa y no por un resultado distinto, implica reconocer, con prestancia propia, la *res ipsa loquitur*: todo ataque a la persona le inflige a ella un daño por el ataque mismo. Porque el agravio no se predica en razón de frustración de medios, sino por el menoscabo a la persona que es, como tal, un fin en sí misma.

También la jurisprudencia se ha manifestado unánimemente en este sentido. Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del año 1994, imputó responsabilidad por el sólo hecho antijurídico que implica la falta de reconocimiento, y mandó resarcir el daño moral con la suma de pesos cincuenta y cinco mil (\$ 55.000). Para ello se valoró:

- a) el hecho de transitar por la vida sin el apellido paterno;
- b) el hecho de no poder alegar la paternidad;
- c) el hecho de no haber sido considerado en el ámbito de las relaciones humanas como hija de su progenitor. En otro fallo de igual importancia se agregó que la falta de reconocimiento paterno “ha de provocar un agravio moral futuro y cierto porque la historiografía de la vida del niño no reconocido voluntariamente va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente”.

No obstante que la existencia del daño moral es indiscutible, a los fines de acreditar o medir la cuantía del resarcimiento será de importancia la producción de prueba enderezada a su demostración o tasación, en donde resultará de gran ayuda, por ejemplo, la pericia psicológica.

Otro aspecto que resultará de importancia será el tiempo que haya transcurrido sin que el damnificado haya podido obtener el reconocimiento de su filiación. Sin perjuicio de que lo que daña no sólo es la falta de reconocimiento y emplazamiento en el estado de familia real, sino el hecho de saberse que no se es un “ser” cuyo reconocimiento se haya pretendido en forma voluntaria, el tiempo transcurrido permite suponer, salvo prueba en contrario, que el daño a intereses extrapatrimoniales es mayor.

2.2.2.3 La existencia y cuantía del “daño material”:

En lo que respecta al daño material o patrimonial, motivo de reclamo en una acción por responsabilidad civil, se trata de un daño presente y no futuro, pues al momento jurídicamente relevante (sentencia definitiva) tiene ya existencia. Y dentro de este daño presente cabe ubicarlo como un “lucro cesante”. Como lo enseña la doctrina, si se toma el momento de la sentencia para apreciar la existencia y cuantía del daño material, tanto el “daño emergente”, como el “lucro cesante”, pueden existir en forma presente o en el futuro.

Lucro cesante actual o presente, es aquel que se ha generado en el intervalo que existe entre el hecho dañoso y el juicio, por lo que, en el momento de tal juicio, el daño por lucro cesante es actual, presente¹¹².

En el caso que ahora tratamos el “lucro cesante”, presente ya al momento en que deberá ser estimado por V.S. (sentencia), consiste en todas aquellas ganancias frustradas por el hecho antijurídico que privó al actor de gozar del verdadero estado de familia. En efecto, la cuota alimentaria dejada de percibir por quien no fue reconocido voluntariamente y mientras duró ese estado (que debe apreciarse en una suma de dinero

¹¹² Conf.: DE CUPIS, ADRDRIANO, “El Daño”, 1975, Barcelona, Ed., Bosch, N° 39, pág. 320; Zannoni, Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, N° 77, pág. 267.

a ser administrada por la madre) implica la frustración a acceder a una determinada situación económica (empobrecimiento patrimonial) de la víctima: es, en definitiva, una “... privación de una utilidad económica, como frustración de un beneficio patrimonial considerado con relación al sujeto”¹¹³. No es justo, legal ni razonable que mediante una vía ilícita e indirecta, como es la falta de reconocimiento de la paternidad, el progenitor biológico eluda las obligaciones legales que el régimen alimentario le impone en forma directa a través de normas de orden público.

Como ha afirmado Medina, a pesar de la falta de reconocimiento la deuda de valor por las cuotas alimentarias no cubiertas subsiste y en ello consiste el “daño material” ocasionado¹¹⁴. Pero a pesar de lo sostenido por la autora citada, no queremos significar con esto que la obligación de daños y perjuicios materiales coincida con la obligación de alimentos no abonados, puesto que tienen entidad sustancialmente distinta: esta última no repara daños ocasionados o por ocasionarse, sino que atiende necesidades elementales de todo hijo. Es por ello que no es posible legalmente reclamar en juicio cuotas alimentarias no gozadas, esto es retroactivamente, puesto que la naturaleza misma de los alimentos es atender necesidades actuales. Lo que sí es viable es cuantificar los daños y perjuicios por la carencia de atención a necesidades materiales, como son entre otras cosas la imposibilidad de acceder a la condición social y económica del progenitor, a la falta de una educación privada, el no goce de esparcimiento, la falta de vestimenta, una vivienda digna, etc., todo conforme la condición y fortuna del padre (art. 423 del Código Civil).

Por ello es que la cuota alimentaria que debió pasar el padre en caso de haber reconocido a su hijo es quizá la pauta más cercana o única como para cuantificar estos daños. Adviértase que no se habla aquí de los daños y perjuicios ocasionados a la

¹¹³ ZANNONI, Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea N° 21, pág.61.

¹¹⁴ Conf. MEDIAN, Graciela, op, cit., págs. 114 y ss.

madre por la atención de necesidades del hijo que ella sola haya procurado (v.gr. gastos de parto, atención médica, etc.), sino de los daños sufridos por el hijo en virtud de no haber podido acceder mediante una cuota alimentaria a la condición económica y social de su progenitor conforme lo prevé el art. 423 del Código Civil, puesto que a ello tenía derecho.

Desde otro aspecto, es unánime en doctrina y jurisprudencia la afirmación de que la obligación por alimentos es una “obligación de valor”¹¹⁵. Y como toda deuda de valor, debe cancelarse en dinero; es decir, se debe un valor pero se paga con dinero. Valga la aclaración, que cuando se afirma que se trata de una obligación de valor se hace referencia a un valor patrimonial y no de otro tipo, lo que, por ende, ante el incumplimiento de dicha obligación alimentaria genera daños a un interés jurídico patrimonial, “daño material” (lesión al crédito).

Establecido el contenido y existencia del daño material, hay que destacar que la obligación resarcitoria derivada del incumplimiento oportuno es también una deuda de valor.¹¹⁶ “Si el resarcimiento, según hemos dicho y repetido, tiende a dismantelar el daño, reintegrando o colocando a la víctima en la situación anterior a su producción, ya sea de un modo específico o bien equivalente, dinerario o no, es razonable concluir que cuando la indemnización se paga en dinero su importe debe cubrir todo el «valor» del detrimento o menoscabo y que solamente merced a la liquidación la deuda de resarcimiento se transforma de deuda de valor en deuda de moneda”.¹¹⁷

Lo que llevamos dicho hasta aquí sirve para establecer la cuantía del daño reclamado, el que resulta de multiplicar la cuota alimentaria jurídicamente debida por

¹¹⁵ PIZARRO, Ramón D., Vallespinos, Carlos G., “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, Ed. Hammurabi, 1999, Tº 1, pág. 372.

¹¹⁶ Conf.; ZANNONI, Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea N° 88, pág. 242.

¹¹⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, 1998, Rubinzal-Culzoni, T I, pág. 406.

todos los meses en que el actor se vio impedido de su estado filial y por ende excluido del régimen alimentario. Corroborando lo sostenido, Kemelmajer de Carlucci tiene dicho que: “En cuanto al daño material, es merituable todo el tiempo que la persona careció de emplazamiento familiar por culpa del demandado; es una típica acción declarativa, del mismo modo que lo es la acción de estado”.¹¹⁸

En esta tesitura, Zannoni manifiesta que “es de absoluta lógica, entonces, considerar que el juez debe también en este caso estimar el valor del lucro cesante en el momento de la sentencia, tomando como base la pérdida o falta de adquisición de dinero, adecuándola en su liquidación a la depreciación monetaria operada desde que ese dinero –o «ganancia»– debió ingresar al patrimonio, hasta el tiempo en que realiza la liquidación, con más el interés «puro» devengado desde cada «perjuicio» en el supuesto que las ganancias frustradas se estimen sucesivas o periódicas en el tiempo anterior a esa liquidación”.

2.2.2.4 El daño ocasionado y su cuantificación

La falta de emplazamiento filial puede provocar tanto daño material como daño moral. Este último está configurado por el padecimiento de una persona en los sentimientos, o como sostienen Boietti y Di Próspero (Boietti, Cristina y Di Próspero, Mariana, "denominase daño moral a las "afecciones al espíritu", es decir perjuicios sufridos por el dolor, la angustia, la humillación, la intromisión en la vida privada. No tiene efectos sobre el patrimonio, pero sí sobre la persona del que lo sufre.¹¹⁹

El daño material, por el contrario, se refiere a las cosas, a los bienes, es una afectación de índole patrimonial. Se diferencia del anterior no sólo en el tipo de

¹¹⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”, en “Derecho de daños”, Ed. La Rocca, pág., 674

¹¹⁹ BOIETTI y DI PROSPERO, “Reparación del daño moral”, La ley, 1990-A-246

perjuicio que se tiene en cuenta para su determinación sino también en la manera de cuantificarlo.

Refiriéndonos concretamente al daño moral, en la filiación, de la siguiente manera: "transitar por la vida sin más apellido que el materno y sin poder alegar la paternidad, causa en cualquier persona un daño psíquico marcado. Ello así, máxime cuando el actor se encuentra en la etapa de la adolescencia, caracterizada por la extrema susceptibilidad, la necesidad de reconocimiento y afecto, el cuestionamiento de la propia personalidad y la inseguridad en todos los campos." No son suficientes las meras molestias o inconvenientes.

Lo que se pretende resarcir con una indemnización por daño moral son los padecimientos anímicos y espirituales señalados producto de una determinada situación como es, en lo que nos compete, la falta de emplazamiento en el estado de hijo. Hay diversas teorías en torno a la naturaleza de su reparación, algunos autores sostienen que se trata de una sanción punitiva, mientras que para otros es meramente resarcitorio. Numerosa jurisprudencia ha concluido en que la reparación del daño moral no tiene carácter punitivo sino resarcitorio y por ende carece de trascendencia determinar si hubo culpa o dolo en el actuar antijurídico, debe centrarse la atención más en la relación de causalidad que en la imputabilidad, sin importar tanto el patrimonio del victimario. Para su cuantificación, el juez deberá tener en cuenta la gravedad objetiva del daño.

Además, como afirman Boietti y Di Próspero "deberá considerar la personalidad de la víctima y del autor del hecho, la extensión del perjuicio y los efectos del hecho sobre su sensibilidad y seguridad. La específica naturaleza del daño moral determina que el juez tenga en cuenta la intensidad, calidad, extensión temporal, pero no

el quantum en que se fije la reparación"¹²⁰, por lo que se admite la indeterminación del monto en la demanda.

Con respecto a este tipo de agravios, se ha planteado en la doctrina la cuestión de si una persona, por su inmadurez, como ocurre con los menores impúberes, pueden padecer agravios morales al no estar en condiciones de entender, querer o sentir como lo haría un adulto. Otra vez encontramos opiniones diversas: quienes afirman que no pueden los menores sufrir un daño moral y habiéndose consumado una acción antijurídica, el damnificado sería otra persona, como puede serlo el padre o la madre del menor, quienes se convierten en damnificados directos y, por lo tanto, legitimados activos para entablar la acción. Desde la perspectiva contraria encontramos a los que piensan que los menores, aún los de corta edad, son susceptibles de padecer dicho daño, siendo ellos mismos los damnificados directos. Esta última es la posición que adoptamos, pues entendemos que nadie más que el hijo es quien sufre las consecuencias de la falta de emplazamiento filial.

El daño material susceptible de indemnización debe ser cierto, debe probarse de manera efectiva y concreta, y no tratarse de una mera eventualidad o abstracción. Este tipo de prueba es más fácil de producirse por la exactitud requerida en su reclamo. Tal el caso de los alimentos no prestados por el progenitor durante el tiempo en que el hijo no ostentó el estado de familia que le correspondía, por ejemplo.

2.2.3.1 La prescripción de la acción:

La acción de reclamación de estado de familia es irrenunciable e imprescriptible, pero el art. 373 del Código Civil declara prescriptible los derechos patrimoniales ya adquiridos. Por lo que, según autorizada doctrina, el plazo de

¹²⁰ BOIETTI y DI PROSPERO, Ob.cit., pág. 250

prescripción de la acción de daños y perjuicios comienza a correr una vez que la filiación haya quedado definitivamente establecida. Correctamente se afirma al respecto que ambas acciones son irrenunciables anticipadamente. Del mismo modo que no se puede resignar la acción para reclamar la filiación extramatrimonial, es nula la renuncia anticipada a reclamar daños y perjuicios.

2.1.2 MARCO CONCEPTUAL

1. RESPONSABILIDAD CIVIL

La **Responsabilidad** significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. La responsabilidad civil consiste en la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en naturaleza o bien por un ...

2. RESPONSABILIDAD

La voz 'responsabilidad' proviene del latín "respondere" que significa 'prometer', 'merecer', 'pagar'. Así, 'responsabilidad' significa: 'el que responde' (fiador). En un sentido más restringido 'responsum' ('responsable') significa: 'el obligado a responder de algo o de alguien.

Obligación moral o jurídica de responder de algo propio o ajeno. Obligación del que cumple sus obligaciones de la forma debida.

3. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Supone la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato.

4. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O AQUILIANA

Responde, por el contrario a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber de abstenerse de un comportamiento lesivo de los demás.

5. DAÑO

Efecto de dañar. Dolor físico o moral.

5. DAÑO EMERGENTE.

Detrimento o destrucción de bienes.

6. DAÑOS Y PERJUCIOS

Resarcimiento a fin de reparar un perjuicio que se ha causado a alguien

7. INDEMNIZAR

Resarcir de un daño o perjuicio. Compensar, generalmente con dinero, a una persona por un daño o perjuicio que ha recibido ella misma o sus propiedades.

8. RECONOCER

Declarar una persona que tiene con otra un parentesco y aceptar los deberes y derechos que trae consigo.

9. FILIACIÓN

Condición de ser hijo de unos padres determinados. Procedencia, lazo de parentesco de los hijos con sus padres.

10. PATERNIDAD

Condición o circunstancia de ser padre, calidad de padre, es decir estado del hombre que ha sido su padre, relación jurídica entre el padre y su hijo

11. EMPLZAR

Citar a una persona en un lugar y un momento determinados, especialmente para que acuda ante el juez.

12. PERJUICIO

Daño moral o material causado por una cosa en el valor de algo o en la salud, economía, bienestar o estimación moral de una persona.

13. RECONOCIMIENTO

Acción y efecto de reconocer.

14. VOLUNTARIO

Que nace de la voluntad, que se hace sin estar obligado a ello, se presta voluntariamente a hacer algo.

15. CONTRACTUAL

Procedente del contrato o derivado de él. Relativo al contrato.

16. EXIMENTE

Que exime de una carga, culpa u obligación. Se aplica a la circunstancia que exime de la responsabilidad de un delito.

17. MENOSCABO

Efecto de menoscabar o menoscabarse.

18. AGRAVIO

Perjuicio que se hace a una persona en sus derechos o intereses. Daño u ofensa que se hace a una persona o cosa al tratarla peor o de modo diferente que a otra de su misma condición.

19. MATERNIDAD

Estado de la mujer que ha sido madre, estado o calidad de madre.

20. DAÑO PSICOLOGICO: es una condición emocional que permanece por un período de tiempo largo donde la persona es limitada emocionalmente para mejorar como persona.

21. EL DOLOR PSICOLOGICO viene cuando esta situación emocional (el daño) se convierte en fortalecimiento y la persona encuentra nuevas formas de aprendizaje, con aspectos positivos y coherentes.

III. FORMULACION DE LAS HIPOTESIS

H1

La omisión al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial, genera responsabilidad civil, por el daño material y moral; y, en consecuencia el correspondiente pago de la indemnización por el daño causado al hijo no reconocido de parte del padre o de a madre.

H2

El hecho de no contar con una Legislación Civil en materia de Omisión de la Responsabilidad Civil dentro del ámbito familiar plenamente actualizada, ni con los mecanismos efectivos que aseguren el cumplimiento del pago de la indemnización por el daño causado afecta en forma directa e integral a la víctima.

H1

Variable Independiente

La omisión al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial

Variable Dependiente

Genera reparación civil y el correspondiente pago de la indemnización por parte del padre y de la madre.

H2

Variable Independiente

Inexistencia de legislación en materia de omisión al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial

Variable Dependiente

Afecta de manera directa e integral al no reconocido

INDICADORES

Variable Independiente

- Omisión de paternidad responsable.
- Creación de instituciones educativas que sensibilicen tales responsabilidades.
- Códigos de ética respecto a la paternidad responsable.
- Determinados mecanismos legales que orienten a los padres a cumplir con tales obligaciones.

Variable Dependiente

- Limitación en el desarrollo de la personalidad del niño y del adolescente.
- Desajustes sociales en la conducta del niño y del adolescente.
- Autoestima disminuida
- Personalidad distorsionada y traumática del niño y del adolescente.

IV. TIPO DE INVESTIGACION

La presente investigación será de tipo:

- **Descriptivo**, porque se busca describir y analizar cómo se está manifestando los hechos, cuáles son sus características y sus consecuencias del tema a tratar.
- **Correlacional**, dado que vamos a estudiar cómo se relacionan o se vinculan los hechos entre sí.

V. DISEÑO DE INVESTIGACION

- **No experimental** porque no se va a manipular variables ya que observaremos los hechos tal y como se están dando en la realidad.
- **Ex – Post facto** ya que estudiaremos los hechos ya ocurridos.
- **Transeccional** ya que la presente investigación solo analizara los datos en el periodo establecido en la delimitación temporal.

VI. PRESUPUESTO (estimado)

01. Remuneraciones

Pago del material de investigación.....S/ 400.00

02. Bienes de Capital.

Libros, revistas, impresos..... 1500.00

Equipos científicos e insumos..... 100.00

03. Servicios

Fotocopias..... 100.00

Impresiones en general..... 100.00

04. Gastos Administrativos

Gastos varios..... 280.00

Total: S/ 5000.00

VII. CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto estimamos las siguientes conclusiones:

1. Es evidente que el dogma de la autonomía de la voluntad que se expresaba "lo que es libremente querido es justo" (adoptado por nuestro Código Civil) carece de vigencia en la sociedad actual porque "el individuo ha perdido el control de su voluntad y de su acción en las cotidianas actividades que desarrolla bajo la presión de circunstancias externas que lo exponen a causar y a sufrir daños sin causa alguna".

Observamos a diario que hay contrataciones que se aproximan a la órbita extracontractual: contratos de adhesión, contratos tipo, que no se parecen al modelo romano. Uno de los contratantes –la parte dominante- impone su voluntad a otro más débil cuya única opción será prestar su consentimiento, si es que realmente necesita el bien o el servicio.

(La doctrina reconoce diferencia entre los deberes de reparar nacidos de un contrato o de un acto ilícito pero sostiene que no son sustantivas).

A lo largo de este trabajo se intentó demostrar que la culpa dejó de ser el motor que ponía en funcionamiento los ámbitos contractual y extracontractual de la responsabilidad civil. La imputabilidad basada en la culpabilidad ve limitado su campo de aplicación por la existencia de factores objetivos, que prescindiendo de toda culpa, liga una causa a un resultado.

La doctrina moderna sostiene que es "el daño el elemento común y tipificante del fenómeno resarcitorio" por la necesidad de reparar a la víctima "el daño injustamente sufrido", es decir, cuando "es injusto que lo soporte quien lo recibió", aunque el sindicado responsable no haya obrado ilícitamente.

Así, al constituirse el elemento del daño en el centro de referencia del sistema resarcitorio, se arriba a la concepción unitaria de la responsabilidad civil y a un sistema unificado de reparación, con independencia de la génesis del deber violado que la origina.

2. La carencia legislativa en nuestro país en relación a una fundamentada regulación sobre el daño moral influye en la exigibilidad de su reparación, según corresponda y en la consecuente inexistencia de pronunciamientos judiciales.
3. A pesar del reconocimiento de los derechos de la personalidad por nuestro ordenamiento jurídico, existen reales dificultades en el logro de la protección de estos derechos (al nombre, el honor, la intimidad, la propia imagen, la dignidad, entre otros), cuando han sido vulnerados por daño moral.
4. Existe una generalidad en la doctrina moderna a reconocer la reparación
5. Entendemos que aplicar a rajatabla las normas generales de responsabilidad civil sería, por un lado, olvidar la especialidad que ostenta el derecho de familia y, por el otro, pretender responsabilizar a un padre por no saber educar a su hijo, o por transmitirle algún tipo de enfermedad leve, como una alergia, una miopía o simplemente una estructura física determinada.

6. Coincidimos con Di Lella (Di Lella, Pedro, "Derecho de daños vs. derecho de familia", La Ley, 1992-D-862) cuando sostiene que "la aplicación de las normas del derecho civil al derecho de familia debe hacerse sin perder de vista las muy delicadas instituciones que éste regula, y que en materia de responsabilidad por daños es donde se debe tener un especial cuidado, pues no se trata de ahuyentar a los individuos de la formación de aquella célula básica de la sociedad ya que todo lo que parezca una protección desmesurada provocará retraimiento en lugar de cumplir aquella función".

Cuando hablamos de falta de reconocimiento del hijo por parte del padre no hay duda de que esta situación provoca en el niño un daño importante, tanto a nivel moral como material. Pero esto no es sólo responsabilidad de la parte masculina de la relación, también la madre puede tener actitudes que, a veces por egoísmo, a veces por venganza hacia una pareja que no funcionó, o por negligencia ante una relación sexual aislada, impide que su hijo goce de derechos que le son reconocidos no solamente en la Constitución Política del Estado sino también en tratados internacionales o incluso en el Código Civil. Aunque socialmente siempre sea más sancionado un padre que se ausenta de sus deberes como tal, no debemos perder de vista situaciones como las expuestas con respecto a la madre.

Ambos son padres y ambos deben responder por los daños que ocasionen a su hijo por una conducta contraria al ordenamiento legal y cuando no exista una razón jurídicamente relevante que los justifique, es decir, cuando se cumplan los requisitos exigidos para la procedencia de la responsabilidad civil.

No se trata simplemente de castigar actos antijurídicos, sino más bien de darle protección a una persona que ve vulnerados sus derechos por una conducta ajena, que no depende de su voluntad y que no tiene obligación de soportar. Hay una acción omisiva que provoca un perjuicio y el derecho no puede hacer oídos sordos a ello so pretexto de no existir una norma expresa que autorice, en el caso de las relaciones de familia, concretamente frente a la filiación, a reclamar una indemnización. El derecho es uno solo y debe integrarse como tal.

VIII. RECOMENDACIONES

1. Se requiere urgentemente lograr una modificación de criterios, tanto en la doctrina como en los tribunales respecto al tema de la reparación del daño extrapatrimoniales (daño moral) dentro del derecho de familia.
 2. Lograr una legislación, concebida para sancionar la comisión de "daños", sin que generalmente se hubiera pensado cubrir con tan amplio manto los patrimoniales y los no patrimoniales, previniendo no sólo la existencia de los primeros, sino dándoles fuerza a los segundos, tal como el caso de Francia y el peruano.
1. Que nos enseñe la experiencia de otros países. La del caso de los códigos, que admitiendo la institución de la reparación del daño extrapatrimonial dentro del Derecho de familia, la limitan empero por cualquiera de los medios restrictivos antes anotados. Sirven de ejemplo los Códigos de Austria de 1812, el anterior

de Portugal (de 1868), el de [Alemania](#) (arts. 253 y 847), el de [Italia](#) de 1942 (art. 2059), el art. 1069 del Código Argentino antes de ser reformado por la Ley 17711, el brasileño en los artículos 1538, 1547 y 1550.

2. Las leyes civiles deben abrir franca, expresa e irrestricta posibilidad a la reparación de los daños extrapatrimoniales, tal como lo hizo el Código del Perú de 1936 (art. 1148), de Portugal de 1966 (arts. 44 y 46), el mexicano de 1932 (art. 1916), el Venezolano (art. 1196), el Argentino con el nuevo texto del art. 1068, y el Suizo de las [obligaciones](#) (art. 47).
3. La creación a cargo del Estado, de un Fondo mediante una ley, para el Pago de la Reparación del Daño, el que se encargará de la protección de quienes sufran daños personales.
7. Debe tenerse por acreditada la existencia del daño, por el solo hecho de la acción antijurídica en una prueba *re ipsa* que surge inmediatamente del hecho mismo, como que la madre no necesita demostrar que ha sufrido dolor por la muerte de su hijo.
8. Es correcto el argumento del "Dolor sufrido", porque justamente esto lo que se busca compensar, en actos en los que no resulta dañado el patrimonio de las personas, facilitando mediante algún aliciente ([el dinero](#) es el medio más idóneo) sobrellevar la carga del daño al espíritu o EL DAÑO MORAL, que no tiene

cotización, no tiene valores fijos. Como tampoco tiene límites de parentesco para ser sufrido.

IX. BIBLIOGRAFIA

- 1. AZPIRI, Jorge**, “Daños y perjuicios en la filiación”, Revista de derecho de Familia, Tomo 20, Alexis Nexis –Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, pag.38.
- 2. BIDART CAMPOS, Germán J.**, “El emplazamiento judicial de la paternidad y la filiación extramatrimonial: sus perspectivas constitucionales”, ED, 145-422.
- 3. BOIETTI y DI PROSPERO**, “Reparación del daño moral”, La ley, 1990-A-246.
- 4. BUERES, Alberto**, “Comentario al art. 1066” en el Código Civil y Normas, Argentina.
- 5. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge**, "Teoría general de la responsabilidad civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972.
- 6. BUSTAMANTE, Jorge Eduardo**, “Análisis económico de la responsabilidad civil” Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Director: Alberto Bueres, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p.172.

7. **BREBIA, Roberto**: “El daño moral en las relaciones de familia”, en Derecho de Familia. Homenaje a la profesora Doctora María Josefa Méndez Costa, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1990, p.347.
8. **CAPITAN**, Prefacio al Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual de MAZEAUD y TUNC, t. 1. Buenos Aires, 1961. Pág. XXII.
9. **CIFUENTES, Santos**,” Derechos de daños, edit., La Roca 1991.
10. **CORNEJO CHAVEZ, Héctor** “La declaración judicial de la paternidad extramatrimonial” Libro homenaje a José León Barandiaran, Cultural Cuzco, Lima, 1985, Págs. 59-74.
11. **Conf.; ZANNONI, Eduardo A.**, “El daño en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea N° 88, pág. 242.
12. **Conf. MEDIAN, Graciela**, op, cit., págs. 114 y ss.
13. **Conf.: DE CUPIS, ADRDRIANO**, “El Daño”, 1975, Barcelona, Ed., Bosch, N° 39, pág. 320; Zannoni, Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, N° 77, pág. 267.
14. **CHARTIER**, La réparation du prèjudice, Paris, 1983, p.156
15. **CHIERI, Primorosa y ZANNONI, Eduardo**: La Prueba de ADN, Astrea, Buenos Aires, 1999.
16. **DIEZ PICAZO, Luis**, Derecho de daño, Civitas, Madrid, 1999, pp. 66,67
17. **DIEZ PICAZO, Luis** Derecho de daños, Cit, P 88.

18. **DE CUPIS, Adriano.** El daño. Teoría General de la responsabilidad civil, Traducción de Ángel Martínez Sarrion, Bosch Barcelona, 1970, p. 82.
19. **DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio,** La relación de causalidad en la órbita el Derecho de Daños, Tirant, Valencia, 2000, p. 81.
20. **DI LELLA, Pedro,** “Del daño moral por el no reconocimiento inculpable del hijo” publicado en J.A. 1999 –III- 499.
21. **ENNECCERUS, Ludwig, Nipperdey, Hans Carl,** Tratado de Derecho Civil. Parte General. T.I, Segunda parte, Trad. de Pérez Gonzales y Alguer, Bosch, Barcelona, 1981, p. 846.
22. **FLEMING, John G;** the law of torts, 9ª Edic, 1998, LBC, Sydney, 1998, p. 28.
23. **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos:** El daño a la persona en el Código Civil. Homenaje a José León Barandarián, Cuzco, Editores Perú, 1985.
24. **GAYOSO ARIAS,** “La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y positivo”, en Revista de Derecho privado, 1918. Pp. 234 y ss.
25. **GOODRICH,** “Emotional Disturbance and Legal Damage”, en Michigan Law Review, 1992, N° 20, pág. 427.
26. **GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo,** “Daño Moral. Su separación y determinación en la negatoria de filiación”, L.L., T. 1995- E-10.
27. **GUZMAN BRITO, Alejandro,** La Codificación Civil en Iberoamérica, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 2000

- 28. KRASNOW, Adriana Noemí:** Pruebas Biológicas y filiación, UNR Editora, Rosario, 1996, p.89.
- 29. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida,** “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”, en “Derecho de daños”, Ed. La Rocca, pág., 674
- 30. LLAMBIAS, Jorge Joaquín,** “Código Civil Comentado” (Argentina), Pág. 96.
- 31. MAKIANICH DE BASSET, LIDIA N Y GUTIÉRREZ, DELIA M** “Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo”. E.D., T. 132-473
- 32. MATINEZ SARRION, Ángel,** “La evolución del derecho de daños”, en Derecho de daños, Luis Ribó Durán Coordinador, Bosch, Barcelona, 1992, p. 13.
- 33. MAZEAUD Henri y LEON; TUNC André,** “Tratado practico de la responsabilidad civil delictual, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Ajea, Buenos Aires, 1977, T.I. p. 39.
- 34. MAZEAUD Henri y LEON, TUNC André,** Tratado Teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, cit. p.39
- 35. MATTEI, Ugo,** *II Modello di Cammon law*, Giappichelli Editore, Turin, 1996, p. 28
- 36. MARKESINIS, Basil; Deakin, Simon,** Tort Law, 4ª edit. Clarendon Press, Oxford, 1999.

- 37. MEDINA, Graciela**, colaboradores: Carolina Winograd, Carlos García Santas, Natalia Baroffío, Mariana Kanefsch. “Daños en el Derecho de Familia) Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe Argentina 2002.
- 38. MEDINA, Graciela**, Revista del Derecho de DañosNº6. Daño Moral. “Daño extrapatrimonial en el Derecho de familia y el proyecto de código civil unificado de 1998”, Pág. 91.
- 38. MENDEZ COSTA, Josefa**, “Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente”, L.L., T. 1989- E- pag.563.
- 39. MINYERSKY, Nelly** “Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución”, incorporado en la obra “La responsabilidad” Homenaje al profesor doctor Atilio Goldemberg” Directores Atilio Aníbal Alterini-Roberto M, López Cabana, edit. Abeledo Perrot. Págs. 549-562-
- 40. MOSSET ITURRASPE, Jorge**: “Los factores subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad en las relaciones de familia”, en Revista de Derechos de Daños –Daños en las relaciones de familia, 2001-2, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, p.11
- 41. MOSSET ITURRASPE, Jorge**. Daño moral causado a personas privadas de conciencia o razón. Los Padres como damnificados indirectos, en J.A. 1992.IV-559.

- 42. MOSSET ITURRASPE, Jorge**, “Responsabilidad por daños”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999. ,Tº 5, pág. 231.
- 43. MOLINA QUIROGA, Eduardo y Lidia E.VIGGIOLA** “Responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo propio. Lesiones a la identidad. Resarcimiento del daño” J.A Nº 5829, 19-V.83, pág. 902/906.
- 44. ORGAZ**, El daño resarcible eit., ps. 217/239 y 241.
- 45. PIZARRO, Ramón D., Vallespinos, Carlos G.**, “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, Ed. Hammurabi, 1999, Tº 1, pág. 372.
- 46. PIZARRO, Daniel**, Daño moral causado a personas sin discernimiento, en J.A. 1996-III-7.
- 47. PONZANELLI, Giulio**, VLa responsabilita civile.B Profili di diritto comparato, 1992, II Mulino, Bologna.
- 48. POSNER, Richard** “Rational choice, behavioral economics and the law” en Stanford law, review, vol.50 pag.1551.
- 49. PROSSER, Willian Lloyd; KEETON**, Page, Prosser y Keeton on The law of torts 5ª ed., Westpublishing Co, St, Paul Minnesota, 1984.
- 50. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D.** Derecho romano, Astrea, Buenos Aires, 2001, p.484.
- 51. RIVERA**, Instituciones de Derecho Civil cit., 1ª ed., t. 1, p. 288, aclara que el estado de familia forma parte del estado civil y constituye un derecho personalísimo.

- 52. ROMANO, Claudio Gustavo**, “Filiación. Falta de reconocimiento del hijo. Daño Moral” L.L. 1999, pag.164.
- 53. WRIGHT, Richard W**, “Rigth, Justice and Tort Law”, p ublicado en Moral Foundations of the law of Torts, Oxford University Press, 1995.
- 54. YAGUEZ, Ángel Ricardo**, “La responsabilidad civil” l, 2ª Edic. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 121
- 55. YZQUIERDO TOLSADA**, La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general, Madrid, 1989, p 1.
- 56. YZQUIERDO TOLSADA**, La responsabilidad civil contractual y extracontractual, vol. I, Madrid, 1993, p. 17.
- 57. ZANNONI, Eduardo**, Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontaneo del hijo, en L.L. 1990-A-1.
- 58. ZANNONI, Eduardo A.**, “Derecho civil. Derecho de familia”, 1998, Ed. Astrea, Tº 2, pag.397.
- 59. ZANNONI, Daniel**, Daño moral causado a personas sin discernimiento, en J.A. 1996-III-7.
- 60. ZAVALA DE GONZALES, Matilde**, “Resarcimiento de daños, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños”, Editorial Hammurabi S.R.L., 1999, Buenos Aires, pág. 355.

- 61. ZAVALA DE GONZALES, Matilde:** “Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños”, T.IV, Hammurabi, Buenos Aires, 1999. P. 81.

7. ANEXOS

1. CODIGO CIVIL PERUANO

2. CODIGO DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE

3. CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ESTADO

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. CODIGO CIVIL ARGENTINO

2. CODIGO CIVIL VENEZOLANO

3. CODIGO CIVIL MEXICANO